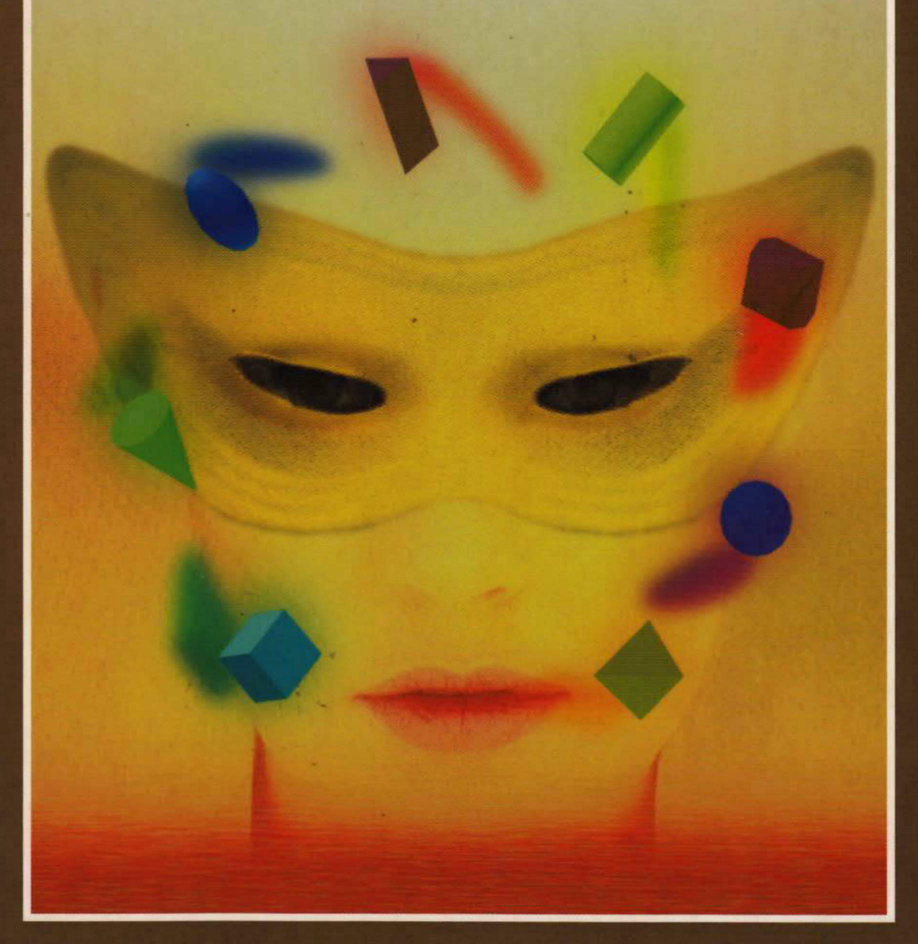
Filosofía del derecho

Riccardo Guastini

Distinguiendo

Estudios de teoría y metateoría del derecho



gedisa
editorial

Riccardo Guastini

DISTINGUIENDO

CLA•DE•MA
Filosofía del derecho

CLA•DE•MA / Derecho

Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem Seña

En la actualidad, la Filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución.

La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

AULIS AARNIO, ERNESTO GARZÓN VALDÉS, JYRKI UUSITALO (comps.)	*La normatividad del derecho*
CARLOS SANTIAGO NINO	*La constitución de la democracia deliberativa*
RODOLFO VÁZQUEZ (comp.)	*Derecho y moral*
OWEN FISS	*La ironía de la libertad de expresión*
DENNIS F. THOMPSON	*La ética política y el ejercicio de cargos públicos*
BRUCE ACKERMAN	*La política del diálogo liberal*
DAVID LYONS	*Aspectos morales de la teoría jurídica*
J.G. RIDDALL	*Teoría del derecho*

TÍTULOS EN PREPARACIÓN

THOMAS NAGEL	*La última palabra*

DISTINGUIENDO

Estudios de teoría y metateoría del derecho

por

Riccardo Guastini



Traducción: Jordi Ferrer i Beltrán
Diseño de cubierta: Juan Santana

Primera edición, noviembre de 1999, Barcelona

Muntaner 460, entlo., 1ª
08006 Barcelona, España
Tel.: 93 201 60 00
Fax: 93 414 23 63
*e-mail:*gedisa@gedisa.com
http://www.gedisa.com

ISBN: 84-7432-700-8
Depósito legal: B-46.352/1999

Impreso por Cardigraf
Clot, 31 – Ripollet

Impreso en España
Printed in Spain

Índice

TERCERA PARTE
Interpretación y aplicación

CUARTA PARTE
La estructura del ordenamiento

Nota a la edición española

He reunido en este volumen veinticinco ensayos de teoría y metateoría del derecho escritos a lo largo de la última década.

La primera parte, dedicada a la teoría del derecho en cuanto tal, incluye cuatro trabajos sobre los distintos modos de concebir y de practicar esa disciplina. Dos de ellos están dedicados a mi maestro: Giovanni Tarello. Otro está dedicado al maestro de toda la filosofía analítica del derecho en Italia: Norberto Bobbio.

La segunda parte, dedicada a la teoría de las fuentes del derecho, comprende siete trabajos que exploran principalmente las nociones de fuente, norma, obligación, principio y derecho subjetivo. Uno de ellos, en especial, estudia la teoría de la validez del último Kelsen.

La tercera parte, dedicada a la interpretación y a la aplicación del derecho, comprende siete trabajos, que tienen por objeto principal las controvertidas nociones de interpretación y de aplicación jurisdiccional. Varios de los ensayos publicados en esta parte tienen un carácter metateórico: en ellos se discuten ideas de Bobbio, Dworkin y Kelsen.

La cuarta parte, finalmente, está dedicada a la estructura del ordenamiento jurídico. También ésta incluye siete trabajos que versan sobre el concepto de ordenamiento, sobre las nociones de validez y de jerarquía normativa, así como sobre diversos aspectos de la estática y la dinámica de los ordenamientos.

Por otra parte, debo advertir que he aprovechado la oportunidad de la publicación de esta traducción castellana para corregir algunos errores y hacer algunas pequeñas modificaciones al texto original.

Finalmente, quisiera mostrar mi agradecimiento a Ernesto Garzón Valdés, que ha impulsado esta traducción, y a Jordi Ferrer, que ha asumido la ingrata labor de llevarla a cabo: con resultados, por cuanto puedo juzgar, excelentes.

Riccardo Guastini

Nota del traductor

Dicen que la tarea del traductor es siempre ingrata. Que se aprende poco y se trabaja mucho. Yo no diré que haya sido poco el trabajo, pero la claridad que es norma en los trabajos de Guastini lo hacen, por de pronto, más llevadero. Además, incluso si, como es mi caso, ya se conoce la obra de antemano, siempre se aprende.

La edición española que ahora se presenta tiene muy pocos cambios respecto de la edición original del libro. Tampoco se han presentado grandes dificultades de traducción que merezcan ser mencionadas aquí, especialmente por la proximidad lingüística de los idiomas italiano y castellano. No obstante, el lector podrá encontrar la diferencia más llamativa en las notas bibliográficas. En este punto, con el consentimiento del autor, he seguido las siguientes reglas (casi sin excepciones): a) cuando en la edición italiana se citaban trabajos en la versión original, he añadido la correspondiente referencia a la versión castellana, si la hay; b) cuando en la edición italiana se citaban trabajos en versión no original, la he sustituido por la edición castellana, si la hay, o por la edición original.

Por lo demás, únicamente quisiera mostrar mi agradecimiento por la atenta lectura de esta traducción y sus continuas sugerencias, de forma muy especial, a Riccardo Guastini. También, sin menos agradecimiento, a Jorge Malem, Daniel Mendonca y José Juan Moreso.

Jordi Ferrer i Beltrán

Tabla de abreviaturas referidas al derecho italiano

– *Cass.*	Casación
– *Cass. S.U. pen.*	Casación penal, seciones unidas
– *Cod. civ. it.*	Código civil italiano
– *Cod. pen. it.*	Código penal italiano
– *Cod. proc. civ. it.*	Código de procedimiento civil italiano
– *Cons. Stato*	Consejo de Estado
– *Const. it.*	Constitución italiana
– *D.P.R.*	Decreto del Presidente de la República
– *Disp. prel. cod. civ. it.*	Disposiciones preliminares del código civil italiano
– *R.D.*	Real decreto
– *T.A.R.*	Tribunal administrativo regional
– *Tribunal const. it.*	Tribunal constitucional italiano

PRIMERA PARTE

La teoría del derecho: estilos y concepciones

I

Imágenes de la teoría del derecho

Introducción

La identidad de la filosofía del derecho (FD) es una cuestión controvertida en el seno de la comunidad que practica esta disciplina, pero, probablemente, imperceptible para quienes observan las prácticas iusfilosóficas desde el exterior: por la gran variedad de temas, de problemas y de métodos que se encuentran en las investigaciones de quienes se autocalifican o son comúnmente calificados como "filósofos del derecho". Como prueba de ello es suficiente consultar la *Storia della filosofia del diritto* de Guido Fassò.

En cambio, la identidad de la teoría del derecho (TD), aun siendo difícil de capturar, no parece particularmente controvertida.

Así, por ejemplo, probablemente nadie adscribiría al campo de la TD *Il diritto nell'esistenza* de Sergio Cotta, las *Lezioni di filosofia del diritto* de Enrico Opocher, o el *Manuale di diritto pubblico* compilado por Giuliano Amato y Augusto Barbera; en cambio, nadie negaría que pertenecen a la TD, obras como, la *Teoria della norma giuridica* y la *Teoria dell'ordinamento giuridico* de Norberto Bobbio, el *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* de Uberto Scarpelli, y quizás también la *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* de Emilio Betti. No quiero decir con esto que no haya casos dudosos, zonas de penumbra; podría enumerar una gran cantidad de ellos. Pero las dudas no recaen –por ejemplo– sobre la línea de división entre la TD y la filosofía (la "filosofía" sin adjetivos o complementos de especificación), o entre la TD y la historiografía jurídica o, finalmente, entre la TD y la ciencia-ficción.

Los problemas surgen cuando se intenta trazar los límites entre la TD y la FD, por un lado, y entre la TD y la dogmática (la "ciencia jurídica"), por el otro; esto es, entre disciplinas o grupos de disciplinas que mantienen una estrecha conexión. ¿El *Corso di filosofia del diritto* de Luigi Lombardi y el libro de Luigi Ferrajoli *Diritto e ragione* son obras de FD o de TD? ¿Los trabajos de Carlo Esposito sobre *La validità delle leggi* y de Michele Taruffo sobre *La motivazione della sentenza civile* son obras de TD o de dogmática?

1. Teoría del derecho y filosofía del derecho

La TD es, según la forma más común de concebirla, una parte de la FD. De todos modos, no es fácil establecer exactamente cuál es esa parte. Me limitaré a ofrecer dos ejemplos.

Bobbio –en uno de los ensayos posteriormente incluido en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965)– configura la FD (o al menos la FD que él cultiva) como la suma de tres líneas de investigación distintas, aunque obviamente relacionadas: la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, la TD es una parte de la FD: aquélla que estudia el concepto de derecho y, a la vez, inevitablemente, algunos conceptos intrínsecamente relacionados con él (norma, ordenamiento, validez, etcétera). Debe observarse que, desde este punto de vista, la llamada teoría de la ciencia jurídica es una disciplina autónoma, independiente de la TD.

Por su parte, Tarello (*Filosofia del diritto*, 1978), después de haber ofrecido un elenco de los temas de investigación característicos de la FD contemporánea, añade que algunos de ellos pertenecen al objeto propio de la TD. Específicamente, Tarello adscribe a la TD, la teoría de las normas y del lenguaje normativo, la teoría de los sistemas jurídicos desde el punto de vista estructural y la lógica de las normas. También desde esta perspectiva, la TD es una parte de la FD. Y también aquí la llamada teoría de la ciencia jurídica se sitúa fuera de la TD (y pertenece a la FD).

A pesar de ser éste el pensamiento dominante, quisiera proponer una configuración diversa de las relaciones entre la FD y la TD, utilizando una vieja distinción de Bobbio (también presente en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965). Mi propuesta es la siguiente.

Hay dos tipos de FD: la FD *de los filósofos* (el método o estilo "filosófico" en FD) y la FD *de los juristas* (el método o estilo "jurídico" en FD). La FD de los filósofos es, según mi propuesta, la FD sin ulteriores especificaciones; la FD de los juristas no es otra cosa que la TD.

Para comprender de inmediato esta distinción es suficiente comparar mentalmente la *Metaphysik der Sitten* de Kant o las 3 *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel con los trabajos de *jurisprudence* de Bentham o *The Province of Jurisprudence Determined* (reeditado junto a otros textos bajo el título *Lectures on Jurisprudence*, cuyo subtítulo es: *The Philosophy of Positive Law*) de Austin.

Debe advertirse que este modo de configurar la TD no permite, obviamente, trazar una neta línea de demarcación entre TD y FD (ni pretende hacerlo). A pesar de ello, tiene la ventaja de proyectar algo de luz sobre la cuestión.

1) La filosofía del derecho de los filósofos –observaba Bobbio, con la mirada puesta evidentemente en las filosofías del derecho de los siglos XVII y XVIII– es una *Weltanschauung*, una concepción del mundo o, si se quiere, una "filosofía" (sin adjetivos ni complementos de especificación) mecánicamente "aplicada" al derecho.

Las diversas concepciones del mundo (por ejemplo, el idealismo, el tomismo, el marxismo, el existencialismo, el espiritualismo, etcétera) se caracterizan por el hecho de ofrecer una solución no sólo a problemas específicos y sectoriales, sino a todos los llamados "grandes problemas", como la ontología, la gnoseología, la ética, etcétera. Hacer filosofía del derecho, para un filósofo, consiste en asumir una u otra concepción del mundo y, desde ella, extraer léxico, conceptos y principios preconstituidos para responder (también) de un modo sistemático a los problemas del derecho (y/o de la justicia). Tales problemas se afrontan, de este modo, a partir de las soluciones ya previstas para problemas de una naturaleza totalmente distinta, y no desde "el interior" de la experiencia jurídica. Por ello, pueden encontrarse sistemas de FD elaborados por filósofos que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial.

Mirando no ya a las filosofías del derecho del pasado remoto, sino a la literatura contemporánea, diría que, en líneas generales, la FD de los filósofos se dirige a dos objetos principales:

a) por un lado, al concepto de derecho (y, por tanto, al derecho en general, al derecho en cuanto tal, en su totalidad: en fin, a la naturaleza de la experiencia jurídica en cuanto dominio específico de la "comédie humaine", junto a la moral, a la política, a la economía, etcétera);

b) por otro lado, al concepto de justicia (y, por supuesto, a las relaciones entre justicia y derecho).

En otras palabras, los filósofos están esencialmente interesados en determinar los confines del reino del derecho, sin cruzarlos en modo alguno. No están interesados en absoluto en los conceptos "internos" de la experiencia jurídica, esto es, en los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas.

(Quisiera subrayar, en caso de que no estuviera claro, que desde mi punto de vista la problemática de la definición del derecho –contrariamente a la opinión de Bobbio– no pertenece a la TD sino a la FD.)

2) La FD de los juristas, en cambio, no parte de una concepción del mundo preconstituida (normalmente, los juristas no están en absoluto interesados en los problemas "eternos" de la filosofía *sans phrase*). La FD de los juristas se origina más bien en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica.

La TD es la FD "de los juristas" en dos sentidos y por dos razones:

a) en primer lugar, no puede ser practicada más que por juristas profesionales (no se puede hacer este tipo de FD sin conocer el derecho);

b) en segundo lugar, es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas (y quizás sólo a ellos): su objeto fundamental es la crítica (y quizás el progreso) de la ciencia jurídica.

En principio, la FD de los juristas no está interesada en determinar el concepto de derecho ni tampoco en establecer ningún concepto de justicia. Por un lado, los juristas no perciben ninguna necesidad de interrogarse sobre el concepto de derecho, no porque puedan prescindir alegremente de todo concepto de derecho, sino por la simple razón de que uno u otro concepto de derecho –aceptado de un modo no siempre consciente y, de todas formas, sin problematizar– siempre forma parte de los presupuestos indiscutibles de todo jurista. Por otro lado, los

juristas no sienten la necesidad de interrogarse acerca del concepto de justicia (o sobre las problemáticas relaciones entre justicia y derecho), no porque carezcan de alguna concepción de la justicia, sino porque piensan que la justicia pertenece al dominio de la moral y no al de la ciencia jurídica.

Los problemas de la FD de los juristas no son diferentes de los problemas de la ciencia jurídica: al contrario, en general se trata de los mismos problemas, aunque quizás analizados a un nivel distinto de abstracción.

1.1. Teoría del derecho y filosofía

Así pues, desde este punto de vista, la TD es la FD de los juristas. Y, no obstante, la TD –a pesar de ser practicada por los juristas– es siempre una práctica "filosófica". Este punto merece una mayor clarificación.

El estilo filosófico en FD está ligado a una vieja idea acerca de la filosofía: a la idea de que la filosofía es, precisamente, una concepción general del mundo y que el filósofo es –como ha escrito Bobbio– una criatura omnisciente que conoce cualquier tema y es capaz de responder a cualquier pregunta sobre la base de tal concepción.

La FD de los juristas, en cambio, está muy estrechamente ligada a la idea de la filosofía característica del empirismo y, en particular, de su desarrollo más coherente: la filosofía analítica contemporánea.

En la filosofía contemporánea de línea empirista se sostiene que la filosofía no es un tipo particular de conocimiento, provisto de un método y un objeto específicos (los elementos últimos del mundo, la esencia de las cosas o algo parecido). La filosofía es, simplemente, el análisis lógico del lenguaje.

Este es el pensamiento del primer Wittgenstein –mejor que de ningún otro–, en el *Tractatus Logico-Philosophicus*: objetivo de la filosofía no es el conocimiento del mundo (que es la labor de las diversas ciencias) sino, más modestamente, "la clarificación lógica de las ideas"; la filosofía no es pues una ciencia o una doctrina, es una actividad; es "crítica del lenguaje". Su lugar no está "junto" a las ciencias sino "sobre" ellas desde el punto de vista lógico y, quizás, "debajo" de ellas desde el punto de vista axiológico. Según esta concepción, la filosofía no es más que un método: el análisis lógico del lenguaje. La FD de

los juristas, o TD, no es más que el análisis lógico del lenguaje jurídico.

Dicho esto, debe reconocerse que hay una evidente diferencia entre la TD practicada por los juristas positivos y la TD practicada por los teóricos profesionales formados en la escuela de la filosofía analítica (una pequeña minoría, por otra parte, en el seno de los teóricos del derecho). Esa diferencia, en mi opinión, consiste principalmente en el uso consciente de algunos instrumentos de análisis. Así, hay instrumentos de análisis, elaborados sobre todo por los lógicos, que son usados de un modo consciente por los teóricos profesionales. Los mismos instrumentos, sin embargo, son utilizados también por los juristas en su trabajo teórico, aunque a menudo de una forma más rudimentaria y con menor rigor. Los juristas, como el burgués gentilhombre, hacen prosa (análisis del lenguaje) sin saberlo.

Lo que sigue es un pequeño inventario (obviamente incompleto) de los instrumentos analíticos.

1) El análisis del lenguaje consiste, en primer lugar, en distinguir cuidadosamente entre los enunciados que habitualmente se llaman "analíticos" de los enunciados que suelen llamarse "empíricos": (1.1) Es analítico todo enunciado necesariamente verdadero; un enunciado es necesariamente verdadero cuando: es verdadero, y lo es únicamente en virtud (1.1.1) del significado de los términos que lo componen o (1.1.2) de su estructura lógica; (1.2) es empírico, en cambio, todo enunciado que puede ser verdadero o falso y cuya verdad o falsedad depende de los hechos, de modo que para decidir si el enunciado es verdadero o falso es preciso observar la realidad extralingüística y no el enunciado mismo; es necesario observar lo que ocurre en el mundo.

Lo anterior presupone una distinción entre *problemas empíricos* (que versan sobre hechos) y *problemas conceptuales* (que no versan sobre hechos sino sobre el significado de las palabras). Mientras los problemas empíricos no pueden resolverse si no se observa la realidad, los problemas conceptuales dependen de los diversos usos de las palabras, es decir, de las definiciones (a menudo implícitas) empleadas o, al menos, presupuestas por el hablante.

2) Por otro lado, el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre los enunciados del discurso descriptivo y los enunciados del discurso prescriptivo o valorativo. El

fundamento de esta distinción –demasiado conocida para que deba ilustrarla– yace en la idea (por otra parte, no universalmente aceptada) que los enunciados del discurso descriptivo pueden ser verdaderos o falsos, en tanto que los enunciados del discurso prescriptivo no son lo uno ni lo otro.

La distinción entre los dos tipos de lenguaje presupone, obviamente, la distinción entre dos tipos de controversias: *controversias relativas a hechos y controversias relativas a valores*. Las primeras, en principio, pueden ser resueltas; y la solución debe buscarse en la ampliación o en la profundización del conocimiento. Las segundas no siempre pueden ser resueltas; y cuando pueden serlo, la solución se encuentra únicamente en la argumentación o en la persuasión.

3) Por último, el análisis del lenguaje consiste, simplemente, en interrogarse acerca del significado de las expresiones lingüísticas (términos, sintagmas, enunciados), sin lo cual no sería posible distinguir entre enunciados analíticos y empíricos, ni entre enunciados descriptivos y prescriptivos o valorativos. A su vez, determinar el significado de una expresión lingüística consiste en una serie de operaciones típicas, como por ejemplo: (3.1) advertir y registrar los usos lingüísticos vigentes; (3.2) advertir y registrar la ambigüedad y la indeterminación (sintáctica, semántica, pragmática) de las expresiones lingüísticas; (3.3) desvelar las connotaciones valorativas, a menudo ocultas, de las expresiones lingüísticas.

Quisiera recordar, para ilustrar esta cuestión, tres trabajos en los que esos instrumentos son usados de un modo magistral: el de Glanville Williams sobre la cuestión de si el derecho internacional es “verdadero” derecho; el de Genaro Carrió sobre la cuestión de si los jueces crean derecho y el de Alf Ross sobre el concepto de Estado.

2. Teoría del derecho y ciencia jurídica

El objeto de la TD es, aparentemente, el derecho. Pero, naturalmente, el derecho es también objeto de análisis de la llamada “ciencia jurídica” (dogmática, doctrina o incluso jurisprudencia en el sentido originario de *scientia iuris*). Para esclarecer el objeto y los problemas propios de la TD es necesario trazar una línea divisoria entre el trabajo de los juristas teóri-

cos y el de los juristas dogmáticos. Pero, ¿cómo trazar esa línea? Tres caminos parecen posibles.

1) El primero consiste en subrayar el carácter "general" de la TD.

2) El segundo consiste en sostener que el objeto de la TD no es el contenido normativo del derecho, sino más bien sus propiedades "formales" y "estructurales".

3) El tercero consiste en configurar la TD como un metadiscurso respecto al estudio doctrinal o dogmático del derecho.

Veámoslos.

2.1. La teoría del derecho como teoría "general"

Es absolutamente común hablar de la teoría del derecho como una teoría "general". Pero, ¿en qué sentido? Creo que en ese contexto el término "general" puede ser usado, al menos, en tres sentidos.

(2.1.1) En primer lugar, se puede hablar de teoría "general" en sentido fuerte, en el sentido de teoría "universal", para designar la búsqueda de conceptos susceptibles de ser empleados para describir cualquier sistema jurídico, o bien instituciones comunes a todos los ordenamientos (sin distinción de espacio ni de tiempo).

Esta forma de usar el término "general" en referencia a la TD, dicho a modo de inciso, a menos que diluya la TD en la teoría del lenguaje prescriptivo, presupone la idea –engañosa– de que todos los sistemas jurídicos comparten caracteres comunes necesarios (no contingentes): por ejemplo, una constitución (al menos en sentido "material"), la noción de derecho subjetivo, la institución de la propiedad, una estructura jerarquizada, etcétera. Esta idea, a su vez, es propia del estilo filosófico en FD y, quizás, es inseparable de un cierto poso iusnaturalista. A menudo las teorías del derecho (que pretenden ser) universales fundan su universalidad en banales falacias: la idea de que a una misma palabra le corresponde siempre un mismo concepto y, recíprocamente, la idea de que a un mismo concepto corresponde siempre la misma palabra.

(2.1.2) En segundo lugar, se puede hablar de teoría "general" en sentido débil, en el sentido de teoría "transordinamen-

tal", para designar la búsqueda de los conceptos susceptibles de ser usados para describir no ya todos los sistemas jurídicos presentes, pasados y futuros, sino, más modestamente, una serie circunscrita de ordenamientos (coetáneos) que presentan características comunes. Así entendida, la TD desemboca en la comparación jurídica.

(2.1.3) En tercer lugar, se puede hablar de teoría "general" en sentido debilísimo, en el sentido de teoría "transectorial", para designar el análisis de los conceptos y de los principios comunes a los diversos sectores de un mismo ordenamiento (el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho penal, etcétera). Por ejemplo, la noción de compraventa es específica del derecho civil y, por lo tanto, no es una noción teórico-general. En cambio, nociones como validez, obligación jurídica o derecho subjetivo son comunes a todos los sectores del derecho y, por tanto, son objetos apropiados para la investigación teórico-general.

2.2. La teoría del derecho como teoría "formal"

El segundo modo de trazar la distinción entre la TD y la dogmática jurídica es el sugerido por Bobbio y Scarpelli en una serie de trabajos de los años cincuenta: la TD concebida como análisis del derecho desde el punto de vista "formal" y/o "estructural".

1) *Estructura.* Es fácil decir qué es la "estructura" de un ordenamiento: se trata, a grandes rasgos, del conjunto de los conceptos y principios que versan sobre la producción de las normas, la extinción de las normas y la solución de conflictos entre normas. En suma: el sistema de fuentes del derecho y de sus relaciones recíprocas.

2) *Forma.* Más difícil es establecer qué es la "forma" del derecho. Es preciso advertir que este punto de vista supone: (a) en primer lugar, la identificación del derecho como un conjunto de comunicaciones lingüísticas prescriptivas (el lenguaje del legislador, en sentido lato); (b) en segundo lugar, la distinción, en el seno del discurso prescriptivo, de un "contenido" y de una –algo enigmática– "forma". Pues bien, la labor de la dogmática es estudiar el contenido del derecho y el objeto de la TD es el estudio de su forma.

El contenido del derecho es, dicho de un modo muy simple, la respuesta a la pregunta: ¿qué está prescrito, a quién y en qué circunstancias?, lo que supone, obviamente, la interpretación del discurso legislativo. La "forma" es aquello que permanece una vez abstraído el contenido, es decir, es el prescribir en tanto tal, o sea, la calificación normativa del comportamiento (obligatorio, prohibido, permitido, etcétera). Por lo tanto, el análisis "formal" del derecho no es más que el análisis del lenguaje prescriptivo en general (y, si se quiere, la lógica deóntica).

Así pues, desde esta perspectiva, la TD se compone de una *mélange* de teoría de las fuentes y de teoría del lenguaje prescriptivo. Debe observarse que la teoría de las fuentes es, al mismo tiempo, una parte de la "ciencia jurídica"; y, por otro lado, que la teoría del lenguaje prescriptivo no es una teoría específicamente jurídica, ya que, obviamente, hay lenguajes prescriptivos no jurídicos (importantes contribuciones al análisis del lenguaje prescriptivo, y en ese sentido a la TD, se deben a filósofos de la moral, como R. M. Hare y C. L. Stevenson).

Scarpelli ha insistido en estos dos aspectos, o componentes, de la TD en dos fases de su obra (*Filosofia analitica e giurisprudenza*, 1953: la TD como teoría de las fuentes; *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, 1985: la TD como teoría del lenguaje prescriptivo).

2.3. La teoría del derecho como filosofía de la ciencia jurídica

El tercer modo de trazar los límites entre la TD y la dogmática jurídica consiste en concebir la TD como una meta-ciencia de la "ciencia jurídica", es decir, de la dogmática. Esta concepción de la TD quizás no haya sido nunca elaborada por nadie explícitamente (excepto por mí mismo, en *Lezioni di teoria analitica del diritto*, 1982, Introducción). Sin embargo, se pueden extraer algunas sugerencias en ese sentido de los trabajos de Alf Ross y de Giovanni Tarello, aunque, en rigor, ellos no hablan de "teoría" del derecho: Tarello habla de "filosofía" del derecho; Ross (en la versión inglesa de su libro más conocido) habla de "jurisprudence". (La meta-ciencia jurídica, bajo el nombre de "metodología", es considerada por Scarpelli como una *parte* de la TD.)

a) *Ross*. Según Ross (*On Law and Justice*, 1958), la *jurisprudence* no tiene un objeto autónomo, coordinado con, o distinto de,

el objeto de la llamada "ciencia jurídica" (el estudio doctrinal o dogmático del derecho) en sus diversas ramificaciones. La *jurisprudence* dirige su atención al aparato conceptual de la ciencia jurídica misma, sometiéndolo al análisis lógico. En ese sentido, la *jurisprudence* no se coloca en el mismo nivel que la dogmática, sino en un plano distinto: en el nivel del metalenguaje.

Así pues, la *jurisprudence* no versa propiamente sobre el derecho, sino más bien sobre el estudio del derecho, sobre la ciencia jurídica. La *jurisprudence* –escribe Ross– está, por decirlo así, en un plano más alto que el estudio del derecho y lo "mira desde arriba".

Naturalmente, el límite entre las dos cosas no es rígido. No es posible trazar de una forma clara una línea de demarcación entre los problemas de los juristas y los problemas de los teóricos del derecho. El análisis lógico (o filosófico) es también ampliamente aplicado por los juristas en sus respectivas disciplinas. No hay, entonces, criterios intrínsecos para determinar dónde termina el estudio doctrinal del derecho y dónde comienza el estudio de la *jurisprudence*. Normalmente, el teórico del derecho dirige sus investigaciones hacia las que, para los juristas, constituyen las premisas asumidas como verdaderas e indiscutibles. Fundamentalmente, la investigación teórica tiene como objeto los conceptos de alcance general, como, por ejemplo, el concepto de validez o el de derecho subjetivo. Pero nada impide que los teóricos del derecho se interesen por cuestiones más específicas (el mismo Ross ha publicado diversos trabajos de análisis lógico acerca de diversos conceptos del derecho constitucional, internacional y penal).

Según Ross, no es oportuno hablar de *"jurisprudence"*, ya que esa expresión parece sugerir un campo de investigación sistemáticamente delimitado. Es mejor hablar de "problemas de" *jurisprudence*: qué problemas se presenten concretamente al análisis filosófico dependerá en parte de los intereses del estudioso particular y, en parte, de la evolución del estudio doctrinal del derecho en los diversos momentos históricos.

b) *Tarello*. En general, Tarello (*Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche*, 1970) concibe el discurso filosófico –al estilo del neo-empirismo– como un discurso de segundo nivel, o meta-discurso, cuyo objeto está constituido por los discursos de las diversas ciencias. Esto comporta evidentemente una reduc-

ción radical de las diversas disciplinas filosóficas a meta-ciencias o filosofías de las ciencias (de una o de otra ciencia). Habrá, entonces, una filosofía de la física, una filosofía de las matemáticas, una filosofía de la química, y así sucesivamente, hasta encontrar una filosofía del derecho. Pero no puede haber una filosofía sin complemento de especificación: la "panfilosofía", escindida de cualquier disciplina científica o técnica específica, según Tarello, es vaniloquio.

(A modo de inciso: el planteamiento de Tarello tiene elementos de política cultural y académica, que declara expresamente. Ante todo, Tarello sostiene que las filosofías deben ser practicadas y, lo más importante, enseñadas únicamente por estudiosos de una u otra ciencia y nunca por "suspirantes almas bellas" y por "pretenciosos superficiales" privados de la necesaria preparación técnica en una disciplina determinada. Además, Tarello cree que las diversas filosofías de las ciencias deben ser enseñadas en las facultades, en las licenciaturas o en los departamentos científicos –la FD en las facultades de derecho, la filosofía de las matemáticas en la facultad de matemáticas, etcétera– y no en un específico departamento panfilosófico privado de objeto. Este planteamiento, llevado a sus últimas consecuencias, conduciría *sic et simpliciter* a la supresión de las actuales facultades de filosofía.)

En particular, Tarello concibe la FD como "metajurídica". Con este adjetivo, usado como un sustantivo, se refiere al análisis lingüístico, historiográfico y sociológico de las doctrinas de los juristas. El término 'metajurídica', en fin, hace referencia a aquello que más comúnmente se llama metajurisprudencia. De este modo, Tarello pretende acreditar la idea de que la FD está al servicio del trabajo de los juristas y, por ello, sólo puede ser cultivada por los propios juristas. En fin, el filósofo del derecho debería ser –por formación intelectual, intereses y capacidades– un jurista entre los juristas. Este modo de pensar conduce a calificar como irrelevante, y tendencialmente extraño a la FD, al menos uno de los tradicionales sectores de reflexión de los iusfilósofos: la llamada filosofía de la justicia (que, por otra parte, es algo indistinguible de la ética y de la filosofía política normativas).

Desde la posición elaborada por Ross y Tarello –oportunamente reinterpretada– la dogmática y la TD no tienen el mis-

mo objeto: la dogmática versa acerca del derecho, en tanto que la TD versa sobre la propia dogmática.

La línea de demarcación entre las dos disciplinas puede ser clarificada con una simple noción lógica: la dogmática y la teoría del derecho se colocan en dos niveles del lenguaje distintos. Si se concibe el derecho –al estilo de Bobbio– como un lenguaje, se puede decir que la dogmática se ocupa del discurso del legislador (el "derecho"), mientras que la teoría del derecho se ocupa –a pesar de su nombre– no propiamente del derecho sino, más bien, del discurso de la propia dogmática. No estamos, entonces, ante dos niveles del lenguaje, sino tres: *a*) el lenguaje del legislador, *b*) el metalenguaje de la dogmática y *c*) el meta-metalenguaje de la teoría del derecho.

El trabajo de los juristas dogmáticos es, típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo. El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas: por ello es, precisamente, una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica. Así, desde este punto de vista, la teoría o filosofía de la ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, de la TD, se identifica completamente con ella.

Por lo demás, en la práctica efectiva de los teóricos del derecho que hacen filosofía de la ciencia jurídica se pueden identificar al menos dos tendencias o "estilos":

(2.3.1) Por una parte, el estilo "descriptivo": es el planteamiento de aquellos que se limitan a describir la dogmática existente "desde el punto de vista externo", *au dessus de la mélée* (se trata de una actitud típicamente "realista"): sin inmiscuirse en las controversias entre juristas, sino únicamente arrojando luz sobre los aspectos prácticos (por ejemplo, proyectando luz sobre los presupuestos ideológicos y las implicaciones políticas de las tesis en conflicto). Este tipo de TD –puramente descriptiva– desemboca, tendencialmente, en la historiografía (y/o en la sociología) de la ciencia jurídica.

(2.3.2) Por otra parte, el estilo "constructivo": es el planteamiento de quienes no se limitan a una labor descriptiva, "desde el punto de vista externo", sino que intervienen directamente en las controversias entre juristas, proponiendo, por ejemplo, redefiniciones de los conceptos discutidos; redefiniciones desti-

nadas, inevitablemente, a incidir sobre la interpretación de los documentos normativos. Este tipo de TD –no descriptiva sino más bien estipulativa– desemboca, tendencialmente, en la propia dogmática (es la "alta dogmática" de la que habla Scarpelli, configurada como una parte de la TD). En ese caso, también los teóricos del derecho, como el burgués gentilhombre, hacen prosa (dogmática) sin saberlo.[1]

Notas

1. Los trabajos relativos al estatus de la TD mencionados en el texto son los siguientes: N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" (1950), ahora en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", a cargo de A. Ruiz Miguel, en N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, 1980; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; trad. cast. (de parte de los arts. de la edición italiana), *El problema del positivismo jurídico*, a cargo de E. Garzón Valdés, México D.F., 1992; G.R. Carrió, "Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)" (1961) ahora en G.R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1990; R. Guastini, "Istruzioni per l'uso della teoria del diritto. Una lezione introduttiva", en *Annali Giurisprudenza Genova*, XVIII, 1980-81; R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982 (introducción); R. Guastini, "Questione di stile", en *Omaggio a Giovanni Tarello*, fasc. monográfico de *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1987, n 2; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992 (cap. XXI); R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952; trad. cast., *El lenguaje de la moral*, a cargo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi, México D.F., 1975; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994; A. Ross, "Sobre los conceptos de "estado" y "órganos del estado" en derecho constitucional", (1961) ahora en A. Ross *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F., 1993; U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953; U. Scarpelli, "Filosofia e diritto", en AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Napoli, 1982; U. Scarpelli, "La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983; C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven, 1944; trad. cast., *Ética y lenguaje,* a cargo de E. A. Rabossi, Barcelona, 1984; G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", en *politica del diritto*, I, 1970; G. Tarello, "Filosofia del diritto", en S. Cassesse (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Bologna, 1978; G. Williams, "The Controversy Concerning the Word «Law»", en *The British Yearbook of International Law*, 1945; L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), London, 1961; trad. cast., Tractatus Logico-Philosophicus, a cargo de J. Muñoz e I. Reguera, Madrid, 1995.

II

Tarello: la filosofía del derecho como metajurisprudencia

1. La filosofía del derecho como metajurisprudencia

No es extraño que quienes cultivan la filosofía y la teoría del derecho dediquen algún trabajo a trazar los confines, los métodos y los programas de su disciplina.[1] En la bibliografía de Tarello no hay escritos metodológicos. No amaba ese género literario. Pensaba, sabiamente, que era más útil investigar que no teorizar acerca del modo cómo se investiga.[2]

No obstante, también Tarello tuvo que decir, en una ocasión, cómo concebía los objetivos de la filosofía jurídica. Se alude aquí a un pequeño escrito, en materia de organización académica, que Tarello publicó simultáneamente en dos revistas: la *Rivista critica di storia della filosofia*, dirigida por Mario dal Pra (con quien Tarello polemizaba en esa ocasión) y *Politica del diritto*, dirigida (entonces) por Stefano Rodotà. Evidentemente, una tenía y tiene circulación entre los filósofos, mientras que la otra era, y es, escrita y leída por juristas.[3]

1.1. Filosofías y panfilosofía

En las pocas páginas de aquel escrito, Tarello, aparentemente, informa a los lectores –filósofos y juristas– del estado de la disciplina, esto es, enumera las investigaciones que hoy se realizan bajo el rótulo de "Filosofía del derecho".[4] Al parecer, en realidad su discurso, a menos que se entienda como una descripción manifiestamente falsa o gravemente incompleta, es más bien una propuesta acerca de lo que los filósofos del derecho deberían hacer.

En general, Tarello concibe el discurso filosófico como un discurso de segundo nivel, o metadiscurso, cuyo objeto está constituido por los discursos de las diversas ciencias. Evidentemente, esto implica una radical reducción de las disciplinas filosóficas a metaciencias, o filosofías de las ciencias (de una o de otra ciencia). Habrá, entonces, una filosofía de la física, una filosofía de las matemáticas, una filosofía de la química, y así sucesivamente, hasta encontrar una filosofía del derecho. Pero no puede haber una filosofía sin complemento de especificación. La "panfilosofía, escindida de cualquier disciplina científica o técnica específica" es, según Tarello, un discurso insustancial.[5]

Este modo de pensar tiene elementos de política cultural y académica, que Tarello señala expresamente. Ante todo, Tarello sostiene que las filosofías deben ser practicadas y, lo más importante, enseñadas únicamente por estudiosos de una u otra ciencia y nunca por "bellas almas melancólicas" y por "pretenciosos superficiales" privados de la necesaria preparación técnica en una disciplina determinada. Además, Tarello cree que las diversas filosofías de las ciencias deben ser enseñadas en las facultades o en los departamentos científicos (la FD en las facultades de derecho, la filosofía de las matemáticas en la facultad de matemáticas, etcétera) y no en un específico departamento panfilosófico privado de objeto. Este planteamiento, llevado a sus últimas consecuencias, conduciría *sic et simpliciter* a la supresión de las actuales facultades de filosofía.

En particular, Tarello concibe la FD como "metajurídica". Con este adjetivo, usado como sustantivo, se refiere al análisis lingüístico, historiográfico y sociológico de las doctrinas de los juristas. La metajurídica, en fin, es aquello que más comúnmente se llama metajurisprudencia.[6]

De este modo, Tarello pretende acreditar la idea de que la FD es auxiliar al trabajo de los juristas, y por ello no puede ser cultivada más que por los juristas mismos.[7] En fin, el filósofo del derecho debería ser –por formación intelectual, intereses y capacidades– un jurista entre los juristas.[8] Este modo de pensar conduce a calificar como irrelevante, y tendencialmente extraño a la FD, al menos uno de los tradicionales sectores de reflexión de los iusfilósofos: la llamada filosofía de la justicia.

1.2. Casi un manifiesto de la metajurisprudencia tarelliana

La obra más significativa de Tarello desde el punto de vista programático es, probablemente, el libro de 1967 *Teorie e ideologie nel diritto sindacale.*[9] Bajo diversos aspectos, este trabajo puede considerarse una especie de manifiesto de la metajurisprudencia tarelliana. (Se tratará más detenidamente en el próximo capítulo de este volumen.)

En primer lugar, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* se presenta como un estudio de metajurisprudencia analítica y empírica. Metajurisprudencia analítica, en el sentido de que Tarello usa instrumentos propios del análisis del lenguaje; aquellos instrumentos que, en los años precedentes, habían sido puestos a punto, entre otros, por Norberto Bobbio, Herbert Hart, Alf Ross, Uberto Scarpelli y el propio Tarello.[10] Metajurisprudencia empírica, en el sentido de que Tarello no hace un discurso sobre la ciencia jurídica en general (como es habitual hacer por parte de los filósofos del derecho), sino que realiza un análisis concreto de las doctrinas efectivamente elaboradas por un grupo circunscrito de juristas en una situación determinada. Escribe Tarello: el «presente estudio [...] quiere ser un estudio de historia de las ideas jurídicas y de los métodos empleados –en un particular contexto histórico y para fines particulares– por la dogmática jurídica».[11]

En esta línea, en el libro de Tarello se puede leer un doble mensaje dirigido a sus colegas, filósofos del derecho profesionales.

Para los filósofos del derecho de inclinación existencial-metafísica, el mensaje de Tarello es que la metajurisprudencia es la única filosofía del derecho interesante y recomendable.

Para los filósofos del derecho de inclinación analítico-lingüística, el mensaje de Tarello es que es preferible «el estudio de las cosas antes que el estudio de cómo sería necesario estudiarlas».[12]

En segundo lugar, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* muestra hasta qué punto, en los dos decenios posteriores a la constitución republicana, algunos laboralistas italianos se han dedicado «conscientemente (...) a la creación extralegislativa de nuevo derecho».[13] El derecho sindical vigente en Italia es un derecho «creado, a menudo conscientemente, por los juristas y los jueces» y, salvo una pequeña parte, no por el legislador.[14]

En esta línea, en el libro de Tarello se puede leer un mensaje ulterior, dirigido a cuantos –juristas y iusfilósofos– todavía cre-

en, o al menos, por sus palabras, parecen creer, en una de las (muchas) doctrinas que históricamente han recibido el nombre de positivismo jurídico.[15] Se alude a la doctrina que configura la actividad interpretativa (realizada por juristas, jueces y funcionarios) como una actividad cognoscitiva de normas preconstituidas: aquélla según la cual los juristas-intérpretes no crean derecho y, en consecuencia, no hacen política, sino que se limitan a descubrir el derecho que encuentran ya acabado por obra del legislador. Para esos juristas y iusfilósofos, el mensaje de Tarello es que, al menos en ciertas circunstancias, el derecho (el "derecho vigente") no nace de la ley sino de las construcciones conceptuales de los juristas. En ese sentido, aquello que los juristas hacen pasar por "teoría" es, más bien, "ideología"; aquello que hacen pasar por "ciencia" jurídica es política del derecho.

2. Los fundamentos de la metajurisprudencia tarelliana: una concepción realista del derecho

El derecho sindical italiano, entonces, no es un derecho legislado sino más bien, como escribe Gino Giugni, «derecho de los juristas».[16] Esta tesis de Tarello –hoy, quizás, asumida; entonces innovadora– se presenta como fruto de una investigación de metajurisprudencia empírica. Pero, naturalmente, no hay ningún dato empírico que no esté mediado por algún aparato teórico –esto es, en último término, por un instrumental léxico y conceptual– asumido por aquél que lo sostiene.

El hilo conductor de la investigación de Tarello es una concepción realista del derecho, cuyos eslabones principales son una teoría de la norma y una, conexa, teoría de la interpretación. Esa concepción pretende mostrar cómo y porqué el caso del derecho sindical italiano no es, después de todo, un episodio cultural aislado y contingente, sino únicamente un caso emblemático. Ello es así porque, a fin de cuentas, los juristas (y los jueces) siempre, y de todos modos, crean derecho.

2.1. La noción de norma

En el uso común de los juristas y de los iusfilósofos, con el término 'norma' se hace referencia indistintamente a las for-

mulaciones del discurso legislativo y a su contenido significativo. La falta de distinción entre ambos referentes se debe a la convicción, ampliamente difundida en la cultura jurídica moderna, de que existe «un significado propio o verdadero de las normas, preconstituido respecto a, y absolutamente independiente de, los procesos en los cuales y con los cuales los operadores jurídicos emplean [esas mismas] normas».[17]

En cambio, la distinción entre texto y significado ocupa un lugar central en la concepción de Tarello.[18] Esa distinción se apoya sobre una simple constatación empírica, tan obvia que su verdad parece incontestable. La constatación es ésta: todo enunciado lingüístico, contenido en los documentos normativos que comúnmente son denominados fuentes del derecho, es de hecho entendido y usado de modos diversos y hasta conflictivos por parte de distintos operadores jurídicos en diferentes momentos y circunstancias.

Esto significa que los enunciados normativos, que constituyen el discurso de las fuentes, no admiten una única interpretación sino una pluralidad de interpretaciones.[19] En otras palabras, las disposiciones legislativas no incorporan un solo, unívoco, significado sino disyuntivamente tantos significados como interpretaciones posibles. En fin, es necesario distinguir entre los enunciados y su significado por la simple razón de que no se da una correspondencia biunívoca entre unos y otros.[20]

De este modo, Tarello sustituye la única e indistinta noción de norma, característica de la doctrina tradicional, por dos nociones más precisas.[21] Por un lado, la noción de enunciado normativo, entendido como una expresión lingüística de forma completa, idónea para ser interpretada en sentido normativo. Por otro, la noción de norma, entendida como el contenido significativo normativo que, según una determinada interpretación, es atribuible a un enunciado.[22]

Esta forma de pensamiento se presta a muchos y variados desarrollos. Se pueden indicar dos de ellos a título de ejemplo.

a) El problema tradicional de la validez de las "normas" puede ser provechosamente duplicado, distinguiendo entre la validez de los enunciados normativos (o, si se quiere, disposiciones) y la validez de normas en sentido estricto. Se descubrirá, entonces, que en muchos sistemas jurídicos, si no en todos, los criterios de validez de las disposiciones son distintos de los criterios de validez de las normas. Así, por ejemplo, la validez de

una disposición no conlleva la validez de todas las normas que de ella pueden extraerse mediante la interpretación. Y recíprocamente, la invalidez de una norma no conlleva la invalidez de la disposición de la que ha sido extraída.[23]

b) Los problemas tradicionales de la claridad de la ley y de la certeza del derecho pueden ser provechosamente reformulados como problemas de técnica de redacción de los textos normativos. Dada una cierta formulación normativa, se podrá preguntar acerca de las posibles manipulaciones interpretativas de las que puede ser objeto por parte de los operadores jurídicos. Simétricamente, dada una norma que se pretende dictar, se podrá preguntar acerca de qué formulación se presta a menores manipulaciones en sede interpretativa.[24]

2.2. La noción de interpretación

La noción de norma elaborada por Tarello es instrumental a una teoría de la interpretación o, en sus propias palabras, a una «teoría de la manipulación de los preceptos jurídicos».[25]

Habitualmente, tanto los juristas como los iusfilósofos configuran la interpretación como "descubrimiento" del significado de una "norma",[26] es decir, como una actividad cognoscitiva que: (a) se ejercita sobre las normas (de modo que, por ejemplo, está bien formada la expresión corriente 'interpretación de normas'); (b) produce conocimiento de normas.[27] Es obvio que, desde este punto de vista, los enunciados del jurista-intérprete aparecen como enunciados del lenguaje descriptivo, esto es, enunciados de los que se puede predicar verdad o falsedad. Normalmente, escribe Tarello, «se entiende por "interpretación" un proceso intelectual a través del cual, dada una ley o una "norma" (...), se llega a la "comprensión" de su significado; tal comprensión se valdría de reglas o cánones, cuyo correcto empleo garantizaría una interpretación "verdadera", "exacta", "adecuada", "no equivocada"; una vez comprendido el significado, una vez comprendida la norma "exactamente", sería posible *a*) adecuar el propio comportamiento a lo prescrito por la norma; *b*) valorar o "juzgar" un comportamiento en referencia con la norma; y, por parte de un órgano, *c*) "aplicar" la norma».[28]

En cambio, Tarello niega que «se pueda discriminar entre una interpretación verdadera y una interpretación falsa, esto

es, entre una interpretación que antecede a una aplicación de la norma y una falaz interpretación que antecede, en cambio, a una inaplicación [...] de la norma».[29]

Tarello distingue entre dos sentidos del término 'interpretación'.[30] En un primer sentido, 'interpretación' se refiere a una actividad: la atribución de significado a un enunciado. En un segundo sentido, 'interpretación' se refiere al producto de aquella actividad, es decir, al significado atribuido a un enunciado. En el ámbito de la experiencia jurídica, la actividad interpretativa versa sobre los enunciados normativos de las fuentes (las disposiciones) y produce normas.[31]

Si entendemos por "norma" el significado de un enunciado normativo, no diremos que las normas "tienen" un significado, por la buena razón de que las normas no son otra cosa que un significado (adscrito por un intérprete a un enunciado normativo).[32] Desde este punto de vista, «la norma no precede como un dato al proceso interpretativo, sino que lo sigue como su producto».[33]

Por otra parte, el significado no es algo preconstituido respecto a la actividad interpretativa, ya que es una variable de las valoraciones y decisiones del intérprete. La elección de atribuir un cierto significado a un enunciado y no otro es fruto de la voluntad y no del conocimiento. Por tanto, «las interpretaciones de los enunciados preceptivos [...] no son (no pueden ser) ni verdaderas ni falsas»; de una interpretación se podrá decir que es efectivamente practicada, o posible, o recomendable, pero nunca que es verdadera o falsa.[34]

Este modo de pensar tiene el efecto evidente de desacreditar la visión tradicional de la dogmática jurídica como conocimiento de entidades normativas preconstituidas, es decir, como una ciencia en sentido pleno. Según Tarello, la dogmática jurídica no es ciencia sino política del derecho. Más exactamente, en palabras de Alf Ross, política de *sententia ferenda.*[35]

Además, este modo de pensar tiene el efecto de desacreditar aquello que Herbert Hart ha llamado un «noble sueño», esto es, «la creencia, quizás la fe, que (...) los jueces no crean nuevo derecho para resolver las controversias que les son planteadas, sino que les aplican el derecho ya existente».[36]

En fin, este modo de pensar predispone al análisis de las doctrinas de los juristas con una actitud pragmática: sin interrogarse acerca de sus (insubsistentes) valores de verdad, sino preguntándose cuáles son sus condicionamientos ideológicos y

sus resultados políticos. Si es verdad –escribe Tarello– que «las teorías jurídicas son instrumentos prácticos», entonces «es razonable preguntarse, ante todo, para qué sirve o para qué puede servir una teoría; mientras que no es razonable abstenerse de hacerlo», a menos que se quiera sustraer las doctrinas de los juristas de la crítica política.[37]

2.3. La noción de derecho

Las teorías tarellianas de la norma y de la interpretación parecen converger en una definición (estipulativa) de 'derecho'; definición que, por otra parte, Tarello –insensible a la manía definitoria propia de los analistas del lenguaje–[38] nunca ha hecho explícita.

La cultura jurídica moderna –especialmente la de la Europa continental y, en general, la de los sistemas de derecho codificado– está ampliamente dominada por aquella variante ingenua del positivismo jurídico que define al derecho como el conjunto de leyes emanadas de un legislador soberano. El derecho es concebido, entonces, como una entidad que los juristas encuentran preconstituida, como posible objeto de interpretación, de descripción sistemática, de uso y de aplicación. En suma, en este universo conceptual, el término "derecho", igual que el término 'norma', es usado para referirse a aquello que es objeto, no producto, de la interpretación. De manera tal que la expresión 'interpretación del derecho' sería una expresión bien formada.

Este modo de pensar es el fundamento tanto de la dicotomía entre derecho y ciencia jurídica –entre código y manual, diría Kelsen–[39] como de la dicotomía entre legislación y jurisdicción.[40] Se trata de una doctrina ahora ya algo desacreditada, al menos entre los estudiosos más precavidos, especialmente cuando disertan *ex professo* sobre interpretación. No obstante, esta forma de pensar opera todavía: ya sea en algunas instituciones que constituyen el tejido conectivo de nuestra organización iuspolítica (como la división de poderes, el recurso de casación y en general los controles de legitimidad),[41] ya sea en el sentido común de los juristas, en especial cuando argumentan en derecho y cuando escriben manuales de uso didáctico.

Según Tarello el derecho no es objeto sino fruto de la interpretación. En ese sentido, es una variable dependiente no sólo,

y no tanto, de la legislación, sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisdiccional. Por 'derecho' debería entenderse, entonces, no ya el conjunto de los enunciados normativos emanados del legislador, sino más bien el conjunto de las normas que de esos enunciados extraen los intérpretes.

Semejante forma de pensar es común, aproximadamente, a todas las concepciones realistas del derecho. El realismo de Tarello, por otra parte, se caracteriza por un matiz particular. Los realistas, especialmente los americanos, sostienen que el derecho es fruto de la aplicación judicial. A esta opinión Tarello añade la hipótesis empírica de que la aplicación judicial está, de hecho, condicionada en última instancia por las elaboraciones conceptuales, las sistematizaciones y las propuestas interpretativas de la doctrina.[42]

El realismo jurídico americano tiende a avalar un modelo de ciencia jurídica según el cual el conocimiento del derecho depende exclusivamente del análisis empírico de la praxis judicial. La concepción tarelliana tiende, más bien, a avalar como ciencia del derecho la metajurisprudencia en general y, en particular, la historia y la sociología de la "cultura jurídica", entendida ésta como el conjunto de las perspectivas, de los modos de expresarse y de las formas de argumentar propias de los operadores jurídicos en su conjunto.

3. El estilo doctrinal de Tarello

En la bibliografía de Tarello no faltan trabajos que, *prima facie*, se presentan como obras más bien de doctrina que de metajurisprudencia. Es el caso, sobre todo, del curso de derecho civil sobre *La disciplina costituzionale della proprietà* (1972) y del libro sobre *L'interpretazione della legge* (1980).[43] Pero el discurso doctrinal –como se ha visto– es un discurso prescriptivo, mientras que un rasgo saliente de estos trabajos tarellianos es su carácter programáticamente descriptivo. Esto se debe al hecho de que Tarello afronta también los problemas de derecho positivo como filósofo del derecho, no como jurista: en resumen, con corte no doctrinal sino de metajurisprudencia.

Obsérvese, por ejemplo, el trabajo sobre *L'interpretazione della legge*. En la literatura dominante, ya sea dogmática o iusfilosófica, el tema de la interpretación se presta casi siem-

pre a ejercicios de metodología prescriptiva. Bajo el nombre engañoso de teoría de la interpretación se esconden normalmente «doctrinas, concepciones, ideologías, relativas a la naturaleza de la actividad interpretativa y, prevalentemente, dirigidas a individualizar una extraña entidad que sería el "correcto" o "exacto" o "adecuado" método para realizar esa actividad».[44].Es extraño encontrar en la literatura un discurso meramente cognoscitivo acerca de las prácticas interpretativas efectivamente adoptadas o adoptables en una u otra circunstancia, en uno u otro ambiente cultural.

En el trabajo de Tarello, no hay huella alguna de metodología prescriptiva. Su investigación tiene un carácter empírico e historiográfico. En ella se encuentran únicamente datos fácticos de diversa naturaleza: acerca de ciertos usos lingüísticos, sobre el área semántica de ciertos vocablos, acerca de su traducibilidad en otras lenguas, sobre algunas doctrinas difundidas en la cultura jurídica contemporánea, sobre los resultados prácticos de tales doctrinas, acerca de algunas prácticas interpretativas, sobre algunos modos de justificar las decisiones interpretativas, acerca de la frecuencia de uso de ciertos esquemas argumentativos, sobre el grado de persuasividad de uno u otro argumento en la cultura jurídica presente, y así sucesivamente.

Un único y banal ejemplo. Tomemos el caso de los títulos y de las rúbricas de las leyes, de las partes de las leyes o de las disposiciones legislativas. La forma tradicional de afrontar los respectivos problemas de interpretación consiste en preguntarse si las intitulaciones son "vinculantes" para el intérprete, si "deben" ser tenidas en cuenta para atribuir significado a las disposiciones por ellas tituladas. Si las preguntas son así formuladas, es natural que se den respuestas prescriptivas. De este modo, podemos leer, por ejemplo, que el título es sólo «un accesorio del texto» y que «en tanto que el título tiene una finalidad cognoscitiva, las opiniones del legislador podrán ser verdaderas o falsas, pero no obligatorias, pues el legislador puede equivocarse como cualquier otra persona».[45]

Tarello, por su parte, afrontando el mismo tema, no se pregunta si las intitulaciones son vinculantes, sino únicamente si son consideradas vinculantes, por parte de quién, con qué argumentos, con qué finalidades prácticas. De hecho, se limita a dar cuenta de las diversas doctrinas en circulación, respectiva-

mente, en la cultura iuspublicista y en la cultura civilista, ilustrando después los respectivos resultados políticos.[46] Y eso es todo.

También el estudio sobre *La disciplina costituzionale della proprietà* es significativo desde este punto de vista. La parte central del trabajo está dedicada al análisis de algunas disposiciones constitucionales (especialmente, los artículos 42, 44 y 47, const. it.). Pero Tarello no propone, respecto de esas disposiciones, ninguna interpretación determinada con preferencia a las otras posibles. Únicamente presenta un elenco, para cada disposición, de las diversas posibilidades interpretativas, sin preseleccionar ninguna de ellas;[47] de cada posibilidad interpretativa ilustra los fundamentos dogmáticos, los condicionamientos ideológicos y los aspectos de política jurídica.[48]

La peculiaridad de la tarea interpretativa de Tarello puede ser eficazmente ilustrada recurriendo a una importante distinción, elaborada por él mismo.

Escribe Tarello: «La actividad de atribuir un significado a un documento puede consistir tanto en una volición como en una intelección, tanto en un acto de voluntad como en un acto de conocimiento: el intérprete puede decidir la atribución de un determinado significado al documento objeto de interpretación; puede proponer la atribución de un determinado significado al documento [...]; puede dar cuenta de que en el pasado se ha dado a un documento [...] un determinado significado; puede también prever que en el futuro por parte de alguien se atribuirá a un documento (...) un determinado significado; y puede, naturalmente, hacer más de una de estas cosas, y quizás las cuatro conjuntamente».[49]

La distinción tarelliana puede ser entendida como un análisis pragmático de los enunciados *prima facie* interpretativos, de la forma "x significa y". Un enunciado de este tipo puede, según Tarello, ser usado en no menos de cuatro modos distintos para realizar otros tantos actos del lenguaje. Qué acto de lenguaje se lleve a cabo mediante un enunciado de ese tipo depende, en cada caso, del tipo de estudioso o de operador jurídico que lo pronuncia y, naturalmente, del contexto en que aquéllos lo pronuncian.

Un enunciado de la forma "x significa y" puede ser usado para expresar: *a)* en primer lugar, "Yo constato que, de hecho, x ha sido interpretado en el sentido y"; *b)* en segundo lugar, "Yo

preveo que x será interpretado en el sentido y"; *c*) en tercer lugar, "Yo propongo que x sea entendido en el sentido y"; *d*) en cuarto lugar, "Yo adscribo a x el significado y".

Esa distinción, por un lado, subraya la "gran división" –así ha sido llamada–[50] entre lo descriptivo y lo prescriptivo; por otro lado, la desarrolla y enriquece.

El discurso de quien constata o prevé una actividad interpretativa es característico de cualquiera que desarrolle una investigación histórica o sociológica de metajurisprudencia (tarea que, como es evidente, puede ser realizada también por un abogado en respuesta a una consulta de un cliente). Si bien constatar y prever son actos lingüísticos distintos, desde un punto de vista semántico ambos pertenecen al lenguaje descriptivo o cognoscitivo: en el sentido en que los enunciados mediante los cuales se realizan tales actos son susceptibles de control empírico; se les puede atribuir valores de verdad.

El discurso de quien propone adoptar una cierta interpretación es característico, por ejemplo, de un abogado que se dirige a un juez; de un magistrado que se dirige a sus colegas del tribunal de casación; o, de forma más general, de un jurista que elabora una política *de sententia ferenda* (que es lo que precisamente hacen los juristas en sus trabajos doctrinales). El discurso de quien decide atribuir un cierto significado a un determinado enunciado es característico de los órganos de aplicación (y del propio legislador, cuando hace de intérprete de sus propios documentos normativos, en sede de interpretación auténtica).[51]

Evidentemente, tanto el discurso mediante el que se realiza una propuesta como el discurso decisorio escapan al lenguaje descriptivo. De ellos no tiene sentido predicar la verdad o falsedad. Sin embargo, no es lo mismo proponer que decidir. Quien propone una interpretación usa el lenguaje en función *lato sensu* prescriptiva o normativa: del mismo modo que una orden puede ser cumplida o violada, una propuesta puede ser acogida o rechazada. En cambio, quien decide una interpretación atribuye constitutivamente un determinado significado a un cierto documento: no ordena, propone o sugiere a alguien la realización de algo.

Este tipo de discurso –que puede denominarse discurso interpretativo en sentido estricto– no es reconducible al lenguaje descriptivo y, sólo de forma forzada, puede ser reconducido al

lenguaje prescriptivo.[52] Sería más apropiado, quizás, introducir *ad hoc* la noción de lenguaje adscriptivo: quien decide una interpretación adscribe a un documento un determinado significado.[53]

Esta larga disgresión tiene la única finalidad, en el presente contexto, de clarificar el estatus de los discursos de Tarello en obras como *L'interpretazione della legge* y *La disciplina costituzionale della proprietà*. En esos trabajos Tarello no realiza propuestas interpretativas, como es costumbre de los juristas, sino que se limita a constatar, y en algún sentido a prever, las propuestas y las decisiones interpretativas de otros.

Esto quiere decir que, después de todo, también las obras aparentemente doctrinales de Tarello son, en realidad, obras de metajurisprudencia empírica. El peculiar estilo "doctrinal" de Tarello se caracteriza precisamente por disolver las cuestiones interpretativas en cuestiones metajurisprudenciales.

Notas

1. Cfr. por ejemplo, A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 19-28; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994, 19-28; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 37 ss., 57 ss.; U. Scarpelli, "La Facoltà di giurisprudenza, la cultura giuridica e il compito del filosofo del diritto" (1973), ahora en Id., *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 337 ss.; R. Guastini, "Istruzioni per l'uso della teoria del diritto", en Id., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982, 3 ss.
2. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 5-6.
3. G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", en *Rivista critica di storia della filosofia*, 1970, fasc. I, 109-112, y en *Politica del diritto*, I, 1970, 140-143.
4. G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", cit., 109-110: «Hoy bajo la rúbrica "Filosofía del derecho" se cultivan esencialmente las siguientes líneas de investigación: (a) análisis del lenguaje de los juristas; (b) teoría de la lógica de las proposiciones normativas; (c) teoría de la argumentación jurídica; (d) historia de la cultura jurídica; (f) individuación de las ideologías políticas y de las ideologías técnico-operativas de los operadores jurídicos». Cfr. también G. Tarello, "Filosofia del diritto", en S. Cassesse (ed.), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Bologna, 1978, 53-59.
5. G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", cit., 112. Cfr. también G. Tarello, *Intervista sullo stato dell'organizzazione giuridica*, editado por M. Bessone, Bologna, 1979, 65-67.
6. G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", cit., passim. Cfr., del mismo modo, A. Ross, *On Law and Justice*, cit., 25-26; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., 25-26; y, por último, también R. Guastini, "Istruzioni per l'uso della teoria del diritto", cit.

7. G. Tarello, "Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche", cit., 110; G. Tarello, *Intervista sullo stato dell'organizzazione giuridica*, cit., 65-66.
8. Tarello gustaba de decir, medio en serio medio en broma, que el filósofo del derecho debería ser un jurista de un tipo particular: una especie de panjurista. Normalmente, quien, por ejemplo, se dedica profesionalmente al derecho penal conoce, precisamente, el derecho penal y no necesariamente también el derecho administrativo, el internacional o el tributario. Tarello fantaseaba, en cambio, con un filósofo del derecho que conociera todo el derecho. Vale la pena decir que, en realidad, él no se alejaba demasiado de su propio modelo. En su bibliografía se pueden encontrar escritos relevantes, al menos, para el derecho civil y para el derecho constitucional, para el sindical y para el procesal.
9. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* (1967), II ed. aumentada, Milano, 1972.
10. Cfr., por ejemplo, N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" (1950), ahora en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", a cargo de A. Ruiz Miguel, en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983 (el volúmen recoge artículos de los años 1954-1981); A. Ross, *On Law and Justice*, cit.; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, cit.; A. Ross, "Tû-tû" (1951); trad. cast., "Tû-tû", a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1976, y "Definition in legal language" (1958); A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, editado por A. Febbrajo y R. Guastini, Bologna, 1982 (el volúmen recoge, traducidos, trabajos de los años 1941-1972); U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953; U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), II ed., Milano, 1985; U. Scarpelli, *Filosofia analitica, norme, e valori*, Milano, 1962; U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, cit. (el volúmen recoge trabajos de los años 1954-1980); G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974 (el volúmen recoge trabajos de los años 1961-1972).
11. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 9.
12. Estas palabras pueden leerse en un opúsculo publicitario de los *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, escrito por Tarello, publicado por Il Mulino en 1975, reeditado (en presentación gráfica diversa) en 1979.
13. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 7-8.
14. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 7.
15. Sobre las diversas acepciones de 'positivismo jurídico' puede verse N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), II ed., Torino, 1979, segunda parte; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., esp. 101 ss.; trad. cast., *El problema del positivismo jurídico*, México D.F., 1992, espec. 37 ss.
16. G. Giugni, *Diritto sindacale*, VIII ed., Bari, 1986, 15.
17. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 393.
18. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., segunda parte.
19 G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395.
20. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 176, 215. Al respecto, cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, 10-11, 129 ss.; R. Guastini, "In tema di 'conoscenza del diritto'", en *Il foro italiano*, julio-agosto, 1987, V, espec. 378-379 (nota 5).

21. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 267 ss.
22. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 135-136, 138 ss., 143 ss., 176 ss., 199 ss. El léxico de Tarello es distinto del utilizado aquí. Por un lado, Tarello prefiere usar 'preceptivo' y 'precepto' en lugar de 'normativo' y 'norma'. Por otro lado, Tarello usa como sinónimos el vocablo 'precepto' y el sintagma 'proposición preceptiva'. El uso de esta última expresión no es del todo oportuno ya que en la literatura contemporánea, especialmente en lógica deóntica, se ha ido ya asentando la expresión equivalente 'proposición normativa', entendida no como sinónimo de 'norma' sino como sinónimo de 'proposición (cognoscitiva) concerniente a una norma'.
23. Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., 132 ss.; R. Guastini, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987, 47, 201-202.
24. Algunas indicaciones al respecto pueden verse en R. Guastini, "Questioni di tecnica legislativa", en *Le Regioni*, 13, 1985, 221 ss.
25. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 168.
26. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 61.
27. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 389 ss.
28. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 389. «Este modo de ver las cosas» –observa Tarello– es «solidario con la ideología que presidió la codificación y con las doctrinas de la separación de funciones y/o de poderes» y fundamenta «importantísimas instituciones como el recurso de casación por errónea o inexacta interpretación de normas legales» (*Diritto, enunciati, usi*, 389-390). Cfr. también G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 15-16.
29. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 393.
30. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 403 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 39 ss.
31. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 140-141, 146, 169, 176-177, 215, 268.
32. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 394.
33. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395.
34. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395.
35. A. Ross, *On Law and Justice*, cit., 46; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., 45-46
36. H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" (1977), ahora en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., espec. 132; trad. cast., "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", a cargo de J.J. Moreso y P.E. Navarro, en P. Casanovas, J.J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994, 336.
37. G. Tarello, "Replica" (Il diritto come ordinamento), en R. Orecchia (ed.), *Il diritto come ordinamento / Informazione e verità nello stato contemporaneo*, Milano, 1976, 236-237.
38. En ese sentido, es muy significativo G. Tarello, "Sulla teoria (generale) del diritto" (1969), ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988. Al respecto, cfr. N. Bobbio, "Ricordo di Giovanni Tarello", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 17, 1987, fasc. 2.
39. H. Kelsen, "Derecho y lógica" (1965); trad. cast., en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, a cargo de J.C. Gardella, Madrid, 1988, espec. 113-115. Más en general, se puede mencionar la conocida distinción kelseniana entre *Rechtsnorm* y *Rechtssatz*, *Sollnorm* y *Sollsatz*: Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. cast., a cargo de R.J. Vernengo, México D.F., 1986,

espec. cap. tercero. El derecho es identificado como el discurso prescriptivo del legislador, en tanto que la ciencia jurídica es configurada como discurso cognoscitivo del jurista-intérprete, del que el discurso legislativo es el objeto independiente. Como crítica a este punto de vista, cfr. R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986.

40. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., espec. 285 ss. Puede verse una problematización de tales distinciones en E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho" (1967), ahora en C.E. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 355ss.
41. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 15-16.
42. Cfr. sobre todo, G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 329 ss. Puede verse también R. Guastini, "Questione di stile", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 17, 1987, fasc. 2.
43. G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di diritto civile 1972-1972*, Genova, ECIG, 1973; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit.
44. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 412-413.
45. R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, Bologna, 1974, 267-268. No pasará inadvertido al lector atento cuan grotesca es la idea de que el legislador pueda tener «*finalidades cognoscitivas*» y que, por tanto, a los enunciados del discurso legislativo se les puedan atribuir valores de verdad. Se trata, por otra parte, de un argumento falaz que los juristas usan habitualmente cuando se disponen a inaplicar, por no vinculante, una disposición legislativa cualquiera (especialmente, una definición).
46. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 103-105, 209-210.
47. Cfr., por ejemplo, G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., pág. 33, donde presenta un elenco de seis posibles interpretaciones del art. 42.2 cost. it. «Está claro –añade Tarello– que la elección de una u otra de esas interpretaciones no deriva de las caracterísitcas del enunciado constitucional, que las admite todas».
48. G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., 15-74. Este modo de operar es una manifestación del ideal de "interpretación científica" propugnado por H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, cit., cap. octavo y espec. 355-356: «La interpretación del derecho por parte de la ciencia jurícida (...) es pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. (...) La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas (...). La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". (...) (N)ingún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo».
49. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 61-62.
50. La locución "gran división" en esta acepción es recurrente, por ejemplo, en el léxico de U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, cit., 59, 95, 115 ss.
51. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 64-67.

52. También Tarello, en realidad, parece reducir el discurso interpretativo al lenguaje prescriptivo. Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 395: «las interpretaciones de los enunciados preceptivos (esto es, los "significados" atribuibles a los enunciados preceptivos o, desde otro punto de vista, a las "normas" expresadas por tales enunciados), en cuanto segmentos de lenguaje en uso preceptivo, no son (no pueden ser) ni verdaderas ni falsas». Para afirmar ésto, es necesario tener en cuenta dos cosas. Por un lado, la forma estándar completa de un enunciado interpretativo es, más o menos, la siguiente: "x significa y"; por ejemplo, "Tal disposición significa que es obligatorio determinado comportamiento". Por otra parte, no obstante, es habitual el uso de enunciados elípticos a título interpretativo, del tipo: "Es obligatorio determinado comportamiento", dejando sobreentendido tanto la referencia a la disposición interpretada como la adscripción de significado. Ahora bien, es plausible considerar como norma a este último enunciado elíptico, como propone Tarello, sólo si se hace abstracción de su carácter elíptico, es decir, del contexto interpretativo en el que, por hipótesis, es emitido. El enunciado interpretativo estándar, en cambio, no puede ser considerado una norma *tout court*.
53. Una tesis parecida está implícita en G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, edición provisoria, Milano, 1974; G. Carcaterra, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979.

III

Giovanni Tarello, jurista

1. Introducción

Giovanni Tarello, jurista. Esta calificación, esta insistencia en la figura de Tarello en cuanto jurista (antes que filósofo del derecho) puede suscitar dos tipos de reacciones, ambas legítimas. Para algunos puede parecer una obviedad. Para otros puede parecer una calificación forzada o incluso una provocación.

"Giovanni Tarello, jurista" parecerá, creo, una obviedad a muchos colegas juristas, para quienes es absolutamente obvio que al menos algunas de las obras principales de Tarello son trabajos jurídicos. Quizás no sean trabajos de doctrina, o de dogmática, si se prefiere decirlo así, pero sí son obras jurídicas. Pienso, por ejemplo, en *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* (1967), en *La disciplina costituzionale della proprietà* (1973), en *L'interpretazione della legge* (1980); y también en diversos escritos menores (en el sentido de más breves) sobre cuestiones de derecho civil, de derecho procesal civil, de derecho constitucional, etcétera.[1]

"Giovanni Tarello, jurista", sin embargo, puede parecer una (débil) provocación a algunos colegas filósofos del derecho. Después de todo, dirán, aunque Tarello haya impartido (durante un año) un curso de derecho civil, profesionalmente fue siempre un filósofo del derecho, y nada más.

Esto último está fuera de dudas. Tarello fue siempre filósofo del derecho. No obstante, Tarello, a diferencia de la mayor parte de sus colegas de disciplina, fue un filósofo del derecho comprensible para los juristas, útil para los juristas, leído por los juristas y lector de los juristas. La insistencia en su figura como jurista es precisamente un intento –en realidad bastante transparente– de poner de relieve y valorar su estilo peculiar,

su modo irrepetible de practicar la filosofía del derecho: un modo que ni siquiera sus discípulos, por mucho que se esfuercen, consiguen imitar.

En las páginas que siguen quisiera afrontar dos temas que me parecen significativos a ese respecto. Primer tema: Tarello y la filosofía del derecho. Segundo tema: Tarello y el normativismo.

2. Tarello y la filosofía del derecho

La manera más simple de ilustrar el peculiar modo tarelliano de practicar la filosofía del derecho es, creo, ofrecer un ejemplo concreto. Y el mejor ejemplo, en mi opinión, es el libro de 1967, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, que me parece la obra de Tarello más significativa desde el punto de vista programático.[2] Bajo diversos aspectos, este trabajo puede considerarse una suerte de manifiesto de la filosofía del derecho tarelliana.[3]

(2.1) En primer lugar, desde el punto de vista formal, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* se presenta como un estudio de metajurisprudencia analítica y empírica. Por 'metajurisprudencia' entiendo el análisis lógico e histórico de las doctrinas jurídicas.

Metajurisprudencia analítica, en el sentido de que Tarello se sirve de los instrumentos propios del análisis del lenguaje. Aludo principalmente a los siguientes instrumentos:

a) la sistemática distinción entre cuestiones empíricas, concernientes a los hechos, y cuestiones conceptuales o verbales, concernientes al significado de las palabras;

b) la sistemática distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de valor, o bien, desde otro punto de vista, entre discursos cognoscitivos y discursos valorativos o prescriptivos;

c) el cuidado sistemático en analizar el significado de las palabras y, en consecuencia, tanto la identificación de usos lingüísticos como de indeterminaciones semánticas, de connotaciones de valor escondidas, de equívocos verbales, y así sucesivamente.

Metajurisprudencia empírica, en el sentido de que Tarello no realiza un discurso sobre la ciencia jurídica en general (co-

mo es habitual realizar, entre los filósofos del derecho) sino que hace una investigación concreta sobre las doctrinas efectivamente elaboradas por un grupo circunscrito de juristas en una determinada situación.

Bajo esta perspectiva, en el libro de Tarello se puede leer una doble operación de política cultural, cuyos destinatarios son los profesionales de la filosofía del derecho.

Por un lado, Tarello se dirige a los filósofos del derecho de tipo especulativo: aquellos que se dedican a realizar «ejercicios literarios acerca de los problemas eternos de la filosofía del derecho, que corresponden a formulaciones normalmente ambiguas y a veces incomprensibles».[4] En este sentido, la operación que realiza Tarello es la de calificar como no interesante e irrelevante (al menos, irrelevante para los juristas, irrelevante en una facultad de derecho) cualquier filosofía del derecho que no consista en, o no esté últimamente dirigida a, el análisis de las doctrinas jurídicas.

Por otro lado, Tarello se dirige a los filósofos del derecho que comparten con él un «planteamiento analítico-lingüístico en los trabajos de teoría del derecho»[5]. Pensaba Tarello, no equivocadamente, que algunos iusfilósofos analíticos tenían (como tienen todavía) la tendencia a afinar, indefinidamente y empalagosamente, sus instrumentos de análisis sin ponerlos nunca a prueba analizando algo. A éstos, su mensaje es el siguiente: «el estudio de cosas más bien que el estudio de cómo sería necesario estudiarlas».[6]

(2.2) En segundo lugar, desde el punto de vista del contenido, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* muestra hasta qué punto, en los dos decenios sucesivos a la constitución republicana, algunos laboralistas italianos, aun rindiendo «homenaje verbal al principio de legalidad, al valor de la certeza del derecho y a los cánones del positivismo jurídico técnico», se han dedicado «conscientemente [...] a la creación extralegislativa de nuevo derecho». «El "derecho sindical" que es considerado de forma general vigente en Italia, generalmente aplicado por los jueces o por otros operadores jurídicos [...], es un derecho creado, a menudo conscientemente, por los juristas y los jueces y (...), salvo una pequeña parte, no [...] por el legislador».[7]

En esta línea, en el libro de Tarello se puede encontrar una operación cultural ulterior, directamente vinculada a la teoría

tarelliana de la interpretación. Tarello se dirige a cuantos –juristas y iusfilósofos– todavía comparten, o al menos de palabra dicen compartir, el positivismo jurídico, o más bien la variante formalista del positivismo jurídico: la doctrina según la cual los juristas-intérpretes no crean derecho y, en consecuencia, no hacen política, sino que se limitan a descubrir el derecho que encuentran ya acabado por obra del legislador. La operación de Tarello, a este respecto, consiste en calificar esa doctrina como falsa y mixtificadora. Ello es así ya que, al menos en ciertas circunstancias, el derecho no nace de la ley sino de las propias construcciones conceptuales de los juristas. «La doctrina jurídica (...) interviene en el proceso de creación del derecho; y, en algunos sectores, interviene como protagonista».[8]

3. Tarello y el normativismo

En realidad, la crítica a la ideología formalista no es un episodio aislado en la obra de Tarello:[9] se podría decir, más bien, que es el tema que le confiere unidad.[10] Las razones de esta insistencia han sido explicitadas por el propio Tarello en una página introductoria de la *Storia della cultura giuridica moderna* (1976).

Algunas de nuestras costumbres lingüísticas y algunas instituciones vigentes –escribe Tarello– reflejan una forma de pensar, ya consolidada, según la cual la actividad de los juristas y también la de los jueces es una actividad técnica y no política. De otro modo no se explicaría el uso extendido de expresiones como 'interpretación verdadera', 'error de derecho' y similares. Ni se comprenderían instituciones como la separación de poderes, el recurso de casación, los controles de legitimidad en general, y así sucesivamente. Estas formas de expresión y estas instituciones sugieren que el derecho es una entidad preconstituida respecto a la elaboración doctrinal y jurisprudencial, como si –antes de las operaciones interpretativas, sistematizadoras y aplicadoras– ya hubiese, acabado y perfeccionado, un derecho susceptible tanto de un acercamiento científico como de una aplicación fiel.[11] Como se verá más adelante, la opinión "realista" de Tarello es, en cambio, que el derecho es el resultado, el producto, y no el presupuesto, de las valoraciones y operaciones políticas realizadas por los juristas en sede de construcción dogmática y por los jueces en sede de aplicación.

Así pues, el formalismo se funda, en última instancia, en la idea de que la interpretación jurídica es conocimiento de normas preconstituidas (y no, en cambio, producción de nuevas normas).[12] Como tal, el formalismo está estrechamente vinculado al normativismo. Por 'normativismo' se entiende comúnmente aquél punto de vista según el cual:

a) el derecho no es un conjunto de hechos, eventos, o comportamientos (por ejemplo, los comportamientos y actitudes de los operadores jurídicos) sino un conjunto de normas;

b) la ciencia jurídica, por tanto, no es conocimiento de hechos (por ejemplo, la praxis jurisprudencial o administrativa) sino de normas.

Así, la crítica tarelliana al normativismo y al formalismo se fundamenta sobre dos piedras angulares. En primer lugar, la destrucción, la disolución, del concepto tradicional de norma. En segundo lugar, la elaboración de una teoría realista de la interpretación.

(3.1) Empecemos por la noción de norma.[13] Como ya hemos visto, según Tarello, se trata de una noción inutilizable. ¿Por qué razones? Las razones son muchas: a título de ejemplo, sin pretender agotar la cuestión, intentaré ofrecer dos de ellas, por otra parte fundamentales.

1) Según Tarello, el vocablo 'norma' es usado habitualmente para hacer referencia a cosas absolutamente heterogéneas, que deben, en cambio, ser distinguidas. En particular, se suele llamar norma, indiferentemente, tanto a los textos (los enunciados) prescriptivos de las fuentes del derecho, como a sus significados, esto es, a las diversas interpretaciones de los textos ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Este modo de hablar presenta el grave defecto de mencionar bajo un mismo nombre tanto los documentos legislativos que son objeto de la actividad interpretativa (textos a interpretar) como sus contenidos significativos, que son, en cambio, producto, fruto o resultado de la actividad interpretativa (textos interpretados).[14]

Así, por un lado, se consideran los documentos legislativos como un conjunto de normas ya acabadas, susceptibles de conocimiento científico; por otro, se considera la interpretación como una actividad precisamente científica, como un conocimiento de

normas preconstituidas (más bien que como una multiforme manipulación de textos ambiguos, vagos e indeterminados).

2) Además, la noción indistinta de norma, que es común en la literatura dogmática (y también teórico-general), no permite dar cuenta del hecho de que no hay una correspondencia biunívoca entre textos y normas.[15]

Es falso que a cada texto corresponda una y sólo una norma –como también es falso que a cada norma corresponda un y sólo un texto– especialmente por una razón, que es importante para Tarello (si bien las razones son múltiples). La razón es que un mismo texto es susceptible de diversas y conflictivas interpretaciones, de modo que a un texto le corresponden múltiples significados normativos.[16] Esto depende principalmente de dos cosas:

a) Ante todo (y esta es una tesis ya incorporada también al sentido común de los juristas) no existe algo que sea el significado propio de las palabras: el significado depende de los usos, de modo que, en la medida en que los usos son múltiples, son múltiples también los significados;

b) además (y esta es una tesis original de Tarello) las atribuciones de significado a los documentos normativos están condicionadas por las ideologías y construcciones dogmáticas de los juristas.[17]

Gran parte del trabajo analítico de Tarello acerca del lenguaje normativo, o (en su léxico) "preceptivo", está encaminado a desmontar el concepto de norma, y a sustituir esta única noción por una serie de conceptos diversos y más precisos.[18] Dos conceptos, en particular: por un lado, el concepto de enunciado prescriptivo; por otro, el concepto de significado prescriptivo de un enunciado. Podemos decir, tomando prestado el léxico de Vezio Crisafulli (pero alterando su sentido): disposición vs. norma en sentido estricto.[19]

(3.2) La distinción entre disposición y norma (conjuntamente con otras distinciones conexas) es el fundamento sobre el que se construye toda la teoría de la interpretación de Tarello. Vale la pena mencionar dos rasgos salientes de esta teoría.

En primer lugar, Tarello observa que bajo el nombre de 'interpretación' los juristas desarrollan habitualmente una serie de actividades diversas y heterogéneas, que sería apropiado llamar (no interpretación sino) uso y manipulación (no de normas sino) de documentos normativos.[20] Las actividades en cuestión son principalmente las siguientes:

a) segmentación, selección y recomposición de los textos legislativos considerados relevantes para la solución de una controversia o para la construcción de una doctrina;

b) interpretación en sentido estricto de los textos así obtenidos (donde 'interpretación' significa atribución de significado a un texto o fragmento de texto);

c) recomposición de los conflictos entre normas (dando coherencia a la regulación jurídica de una determinada materia o de un objeto dado);

d) integración de lagunas (completando una regulación jurídica);

e) calificación de supuestos de hechos (abstractos y concretos).

En segundo lugar, Tarello sostiene que las actividades mencionadas no son reducibles a actividades cognoscitivas, ya que –todas– comportan valoraciones, elecciones, decisiones. Todas ellas, en particular, comportan la adhesión a una u otra construcción conceptual o dogmática (entendiéndose que toda construcción de los juristas está ideológicamente condicionada).

La vinculación entre esta teoría de la interpretación y la crítica del concepto corriente de norma es obvia. Una teoría realista de la interpretación es incompatible con una concepción que configura la norma como objeto de conocimiento preconstituido a las actividades definitorias, interpretativas, sistematizadoras, integradoras y aplicadoras de los operadores jurídicos.

(3.3) He expuesto sucintamente los fundamentos de la crítica tarelliana al normativismo. Me pregunto ahora: ¿a qué uso se presta el discurso de Tarello? ¿cuáles son sus resultados prácticos? Quisiera señalar dos de ellos, en mi opinión los más importantes: atañen, respectivamente, al objeto y al método de la ciencia jurídica.

Primero: en la tesis de Tarello se puede encontrar, implícito, la sugerencia de no considerar como objeto de la ciencia jurídica a las "normas" (en cualquier sentido de esta palabra) sino a las doctrinas y actividades manipulatorias de los juristas. Tarello, en fin, argumenta a favor de la idea de que conocer el derecho no es ya conocer los documentos legislativos sino conocer el uso que de los mismos hacen de los operadores jurídicos.[21]

Esta sugerencia concuerda con las doctrinas de la ciencia jurídica elaboradas en el ámbito del realismo jurídico.[22] Se puede decir, de forma muy general, que es característica del realismo la doctrina según la cual: *a*) la ciencia jurídica sólo puede ser, como cualquier otra ciencia, una ciencia empírica; *b*) objeto de la ciencia jurídica, por tanto, pueden ser únicamente los hechos y no las normas; *c*) es tarea de la ciencia jurídica la previsión del comportamiento futuro de los órganos de aplicación; *d*) esa previsión, evidentemente, sólo es posible a condición de que se conozcan las prácticas aplicativas precedentes. Por otra parte, como se ha visto, Tarello sostiene que las prácticas aplicativas están condicionadas en última instancia por las conceptualizaciones y sistematizaciones de la dogmática.

Debe advertirse que, en algún sentido, este tipo de ciencia jurídica no puede ser practicada por los juristas: salvo que, por decirlo así, traicionen su habitual trabajo dogmático y tomen la actitud de los filósofos o sociólogos del derecho (al menos de un tipo particular de los mismos). Las doctrinas de los juristas, lejos de ser trabajos científicos, son más bien trabajos de política jurídica, específicamente de política de *sententia ferenda*. Las doctrinas de los juristas, desde el punto de vista de Tarello, no son la ciencia jurídica sino más bien su objeto.

Segundo: en las tesis de Tarello, además, se puede encontrar la sugerencia implícita de analizar las doctrinas de los juristas, no como teorías científicas (es decir, discursos de los que se puede controlar su verdad o falsedad) sino como operaciones de política jurídica, susceptibles, como tales, no ya de apreciación científica sino más bien de valoraciones ideológico-políticas.

En otros términos, no tiene sentido preguntarse acerca de la verdad o falsedad de las doctrinas de los juristas; tiene sentido preguntarse para qué sirven.[23]

(3.4) Para concluir, parece oportuna una última observación. En la cultura jurídica moderna es extraño que una tesis

acerca de la naturaleza de la actividad interpretativa sea del todo "inocente".[24]

Toda teoría interpretativa –independientemente de las intenciones subjetivas del autor o, incluso, a pesar de ellas– puede ser entendida, y a menudo ha sido entendida, como una recomendación de política jurídica.[25] En particular, la tesis antiformalista (en sus múltiples variantes) ha sido considerada por muchos como una doctrina encaminada a liberar a los juristas y a los jueces de todo vínculo de "lealtad a la ley" y, en suma, a favorecer la "libre creación" de derecho por parte de los intérpretes.[26]

Tampoco la tesis tarelliana es "inocente" en ese sentido. Pero el realismo de Tarello parece dirigido a la obtención de resultados diferentes, e incluso opuestos, de aquellos habitualmente atribuidos a la tesis antiformalista.[27]

Ante todo, es necesario señalar, por si no fuese obvio, que la discrecionalidad, si bien inherente a cualquier decisión interpretativa, puede ser más o menos amplia, más o menos circunscrita. El grado de discrecionalidad concedido a los intérpretes depende de muchas variables. Entre las más importantes figuran, por ejemplo, el grado de conflictividad político-ideológica presente en la doctrina o en la clase judicial y la técnica de formulación de los documentos normativos.[28] Ahora bien, la idea de Tarello es que la producción extralegislativa de derecho (especialmente por parte de los órganos de aplicación), aunque no es totalmente eliminable, debe ser al menos circunscrita: por un lado, combatiendo la politización de los jueces;[29] por otro, evitando formulaciones legislativas vagas, ambiguas, indeterminadas.[30]

Además, Tarello sostiene que la producción extralegislativa de derecho, precisamente porque es inevitable, debe ser: *a*) explícita y *b*) consciente.

Es necesario que la creación judicial (y doctrinal) de derecho sea explícita ya que, sólo bajo esa condición, es posible ejercitar sobre la misma un control crítico: no tanto por parte del "público" como por parte de la "cultura jurídica interna".[31]

Es necesario que la creación judicial (y doctrinal) de derecho sea consciente, ya que es preferible que los operadores realicen elecciones políticas a la vista de resultados prácticos previstos y deseados, antes de que decidan ciegamente –por ejemplo, en atención a una construcción dogmática elegante– sin representarse con claridad las posibles consecuencias de sus decisiones.[32]

Notas

1. Una *Bibliografia di Giovanni Tarello*, casi completa, puede leerse en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1987, nº 2, fascículo monográfico titulado "Omaggio a Giovanni Tarello". Después, numerosos escritos dispersos han sido recogidos por R. Guastini y G. Rebuffa en: G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988; trad. cast., *Cultura jurídica y política del derecho*, a cargo de J. Rosas Alvarado, México D.F., 1995. Puede verse, en fin, la *Bibliografía* completa (?) contenida en *Studi in memoria di Giovanni Tarello. I. Saggi storico-giuridici*, Milano, 1990.
2. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967, II ed., 1972. Véase también G. Tarello, "Riforma, dipartimenti e discipline filosofiche", en *Rivista critica di storia della filosofia*, XXV, 1970, y en *Politica del diritto*, I, 1970. Al respecto, cfr. R. Guastini, "Questione di stile", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1987, nº 2; también M. Barberis, "Tarello, l'ideologia, e lo spazio della teoria", ivi.
3. Tomo las observaciones que siguen de R. Guastini, G. Rebuffa, "Introduzione", en G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., §§ 1-3; trad. cast., Id., "Introducción" en G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., §§ 1-3.
4. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 11.
5. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e matateoria del diritto*, Bologna, 1974, 5.
6. Esta icástica expresión se puede leer en un opúsculo publicitario de los *Materiali per una storia della cultura giuridica*, escrito por Tarello y publicado por Il Mulino en 1975, en concomitancia con la publicación del quinto volúmen de los *Materiali*, y reeditado más tarde, en 1979, en concomitancia con la transformación en revista de los propios *Materiali* (que hasta entonces habían sido volúmenes independientes editados por Tarello).
7. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 7-8.
8. G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., 141.
9. Sobre el Tarello crítico de las ideologías, se puede ver en general el óptimo trabajo de M. Barberis, "Tarello, l'ideologia, e lo spazio della teoria", cit.
10. Se podría decir, en efecto: (a) que la obra historiográfica de Tarello está casi enteramente dedicada a reconstruir el proceso que ha conducido, en época moderna, a la (aparente) tecnificación y despolitización del rol de los juristas; (b) que sus estudios sobre la interpretación están dirigidos a analizar los procedimientos intelectuales a través de los cuales los operadores jurídicos producen derecho mediante interpretación y sistematización del material legislativo; (c) que sus investigaciones de metajurisprudencia empírica pretenden mostrar qué especificas operaciones de política jurídica han sido efectivamente realizadas por juristas individuales o grupos de juristas en determinadas ocasiones.
11. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 15-16.
12. G. Tarello, "Formalismo" (1961), ahora en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 19 ss.; N. Bobbio, "Sul formalismo giuridico" (1958), ahora en Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 79 ss.; trad. cast., "Formalismo jurídico" en Id., *El problema del positivismo jurídico*, México D.F., 1992, 11 ss.

13. El texto fundamental es: G. Tarello, *Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio preceptivo* (1968), ahora en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., segunda parte. El tema ha sido estudiado por P. Chiassoni, "Precetti non logicamente strutturati. In margine alla teoria della norma giuridica di Giovanni Tarello", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1987, nº 2.
14. Cfr. G. Tarello, "Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua" (1966) y "Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica" (1971), ambos recogidos en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 389 ss., 403 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, espec. caps. I y II.
15. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., espec. 176 y 215. Se desarrolla el tema en R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, cap. I; Id., *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992.
16. El punto es bien conocido por los estudiosos del derecho constitucional, especialmente por aquellos que se han ocupado de las sentencias interpretativas de la Corte constitucional. Una bibliografía al respecto puede verse en A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Comentario al código civil editado por A. Scialoja y G. Branca, arts. 1-9, Bologna-Roma, 1977, 24, nota 8; Id. en A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino, R. Maretti, *Garanzie costituzionali*, Comentario a la Constitución editado por G. Branca, arts. 134-139, Bologna-Roma, 1981, 114, nota 1.
17. El trabajo más significativo en ese sentido es: G. Tarello, "Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico" (1965), ahora en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 329 ss.
18. Cfr. espec. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, cit., espec. 265 ss.
19. V. Crisafulli, "Disposizione (e norma)", en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964.
20. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., espec. 24-33.
21. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, espec. 199 ss.; Id., "Realismo giuridico" (1966), ahora en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 51 ss.
22. Cfr. R. Guastini, "In tema di 'conoscenza del diritto", en *Il foro italiano*, 1987, parte V, 375 ss.
23. G. Tarello, "Replica" (Il diritto come ordinamento), en R. Orecchia (ed.), *Il diritto come ordinamento / Informazione e verità nello stato contemporaneo* (1974), Milano, 1976. Al respecto, cfr. R. Guastini, "Questione di stile", cit., espec. 505 ss.: M. Barberis, "Tarello, l'ideologia, e lo spazio della teoria", cit.; G. Parodi, "Aspetti della meta-giurisprudenza tarelliana", en *Materiali per una storia della ultura giuridica*, XVII, 1987, nº 2.
24. Véase, por ejemplo, el clásico trabajo de G.R. Carrió, "'Los jueces crean derecho' (Examen de una polémica jurídica)", en Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, II ed. ampliada, 1979.
25. No de política de la legislación sino de política de la jurisdicción.
26. Cfr., por ejemplo, U. Scarpelli, "Filosofia e diritto", en AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Napoli, 1982, 189: «Afirmar, en clave iuspositivista, que el derecho es un conjunto de normas producidas por órganos competentes y procesos autorizados en sus relaciones jerárquicas, ha sido una manera de intentar mantener, dentro de una dinámica política llena de puntos de fuga, la primacía de la legislación, constitucional y ordinaria; (...) decir a los jueces, en clave iusliberal, que el derecho es el conjunto de las decisiones judiciales, implica un esfuerzo expreso por convencer a los jueces para que tomen iniciativas políticas dirigidas a la transformación del derecho, con un desplazamiento del poder del parlamento precisamente a los jueces».

27. Es ejemplar, en ese sentido: G. Tarello, Recensión del libro: M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* (Milano, 1984), en *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, I, 1984, nº 2, 379-382, donde el autor califica la producción judicial de derecho nada menos que como un tipo de «ilícito constitucional».
28. Al respecto, quisiera remitirme a R. Guastini, "Questioni di tecnica legislativa", en *Le Regioni*, XIII, 1985, nº 2-3; Id., "In tema di 'conoscenza del diritto'", cit.
29. Cfr., por ejemplo, G. Tarello, "Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete" (1972), ahora en Id., *Diritto, enunciati, usi*, cit., 475 ss.; Id., "La cosidetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura" (1984), ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., 361 ss.; trad. cast., "La así llamada crisis de la justicia y los problemas de la magistratura" en Id., *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., 313 ss.
30. Cfr., por ejemplo, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., *passim*; Id., "Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica" (1981), ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., 349 ss.; trad. cast., "Actitudes doctrinales y cambios estructurales de la organización jurídica" en Id., *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., 34 ss.
31. La expresión entrecomillada es de G. Tarello, "La nozione di diritto positivo" (1977), ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., 205 ss.; trad. cast., " La noción del derecho positivo" en Id., *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., 180 ss.
32. Muchas ideas al respecto pueden leerse en G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit. A propósito, cfr. R. Guastini, "Due modelli di analisi della sentenza", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLII, 1988.

IV

Bobbio, o de la distinción

1. El estilo analítico

Una de las características más destacables de la teoría del derecho de Bobbio es su estilo "analítico".[1] ¿En qué sentido?

En primer lugar, en el sentido corriente del vocablo "análisis", en cuanto opuesto a "síntesis". "Analizar", en efecto, significa dividir, distinguir, descomponer, seccionar. El espíritu analítico consiste precisamente en considerar las cosas en sus elementos simples antes que en su conjunto. Las investigaciones de Bobbio no tienen el objetivo de «construir un inmenso sistema filosófico ... con la pretensión de abrazar todo el universo». Su estilo filosófico consiste, en cambio, en «desmenuzar el universo en partes para examinarlas una a una».[2]

En segundo lugar, en el sentido de la *analytical jurisprudence* de Jeremy Bentham y John Austin, cuyo método "analítico" se contrapone al método "histórico", y consiste esencialmente en el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales.[3]

En tercer lugar, en el sentido del análisis del lenguaje tal como es practicado por la corriente empirista y, precisamente, "analítica" de la filosofía contemporánea a partir de Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena.

Este tercer punto exige, quizás, algunas palabras aclaratorias.[4]

El análisis del lenguaje consiste, muy simplemente, en preguntarse acerca del significado de las palabras, de las expresiones, de los enunciados. A su vez, la determinación del significado de una expresión lingüística consiste en una serie de operaciones típicas. Por ejemplo: advertir y registrar los usos lingüísticos vigentes; advertir y registrar la ambigüedad (sintáctica, semántica, pragmática) de las expresiones lingüísticas; desvelar sus connotaciones valorativas, a menudo ocultas.

Dicho brevemente, el análisis del lenguaje es esencialmente un trabajo de definición; según los casos, de definición "lexicográfica" (descripción de los usos lingüísticos vigentes, esto es, de los significados aceptados), de definición "estipulativa" (propuesta de atribución de un nuevo significado a una determinada expresión), y de "redefinición" (precisión del significado de una determinada expresión en el ámbito de los usos vigentes).

Además, el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre enunciados "empíricos" y enunciados "analíticos". Se llama "analítico" a todo enunciado que es necesariamente verdadero (en virtud del significado de las palabras que lo componen o en virtud de su estructura lógica). Se denomina, en cambio, "empírico" a todo enunciado que puede ser verdadero o falso, y cuya verdad o falsedad depende de los hechos.

Esta distinción supone, evidentemente, una distinción ulterior entre *problemas empíricos* (relativos a hechos) y *problemas conceptuales* (relativos al significado de las palabras). Mientras los problemas empíricos son genuinos problemas científicos, que no pueden resolverse si no es observando el mundo, los problemas conceptuales dependen de los diversos usos de las palabras.

Finalmente, el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo (o normativo) y valorativo. El fundamento de esta distinción yace en la idea (por otra parte, no universalmente aceptada)[5] de que los enunciados descriptivos pueden ser verdaderos o falsos, en tanto que los enunciados prescriptivos y los juicios de valor carecen de valor de verdad. Esta idea tiene, entre otras cosas, un corolario importante, que se llama habitualmente "ley de Hume": ninguna conclusión prescriptiva puede ser inferida de una serie de premisas puramente descriptivas.

2. La autonomía del lenguaje prescriptivo

Si el análisis del lenguaje es una constante en la obra de Bobbio, la distinción entre discurso descriptivo y discurso prescriptivo, en particular, constituye el fundamento mismo de su teoría del derecho. Toda la teoría de Bobbio, en efecto, se funda en la simple idea de que las normas jurídicas no son más que *enunciados prescriptivos*.

Vale la pena recordar que, en la inmediata postguerra, la filosofía de línea analítico-lingüística estaba todavía ampliamente dominada por la que se ha dado en llamar "falacia descriptivista", es decir, por la idea de que el discurso descriptivo –típicamente, el discurso de las ciencias empíricas– es el único tipo de discurso significativo (dotado de sentido).[6] Constituyen una tardía expresión de esa tendencia los recurrentes intentos –repetidamente criticados por Bobbio– de negar la autonomía del discurso prescriptivo, reconduciéndolo al discurso descriptivo.[7]

Según Bobbio, los enunciados prescriptivos son irreducibles a los descriptivos bajo tres aspectos fundamentales:

a) la función pragmática que cumplen: las prescripciones no están dirigidas a transmitir información, sino a guiar, condicionar, modificar el comportamiento de otros;

b) el tipo de "respuesta" que exigen del destinatario: las prescripciones no pueden ser consideradas verdaderas o falsas, pueden sólo ser obedecidas o desobedecidas;

c) los criterios semánticos de valoración de los que son objeto: las prescripciones no tienen valores de verdad; los valores de las prescripciones son la validez y la justicia.[8]

Hoy se discute si la distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo es una distinción de tipo "pragmático" (describir y prescribir son dos actos de lenguaje diversos) o de tipo "semántico" (descripción y prescripción tienen diversos valores semánticos).[9] La respuesta de Bobbio, como se ve, es ecléctica.

3. El estatuto de la teoría del derecho

Toda teoría del derecho presupone probablemente alguna metateoría del derecho, esto es, una concepción de la teoría del derecho.[10] La metateoría del derecho de Bobbio se basa en tres dicotomías.

1) En primer lugar, la distinción entre dos "estilos" en filosofía del derecho: el estilo "filosófico" y el estilo "jurídico" o, dicho de otro modo, la filosofía del derecho "de los filósofos" y la filosofía del derecho "de los juristas".

La filosofía del derecho "de los filósofos", según Bobbio, no es más que una concepción general del mundo –una *Weltanschauung*– mecánicamente aplicada al derecho. De modo general, las diversas concepciones del mundo (el idealismo, el materialismo dialéctico, el existencialismo, etcétera) se caracterizan como investigaciones no ya de problemas específicos de uno u otro dominio del conocimiento, sino de los llamados "problemas eternos" de la filosofía: la ontología (¿qué existe?), la gnoseología (¿cómo es posible el conocimiento?), la ética (¿qué se debe hacer?), etcétera. Pues bien, para un filósofo, hacer filosofía del derecho significa abrazar preliminarmente una u otra concepción del mundo y, después, extraer de ésta los términos y los conceptos necesarios para responder a los problemas del derecho y de la justicia. Estos problemas no son afrontados "desde el interior" de la experiencia jurídica, sino a partir de las respuestas dadas a problemas absolutamente diversos. Así, encontramos sistemas de filosofía jurídica elaborados por estudiosos que no conocen en absoluto el derecho o lo conocen sólo de un modo vago y aproximado.[11]

La filosofía del derecho "de los juristas", en cambio, no se funda sobre alguna concepción del mundo prefabricada: los juristas, en general, no están en absoluto interesados en los problemas "eternos" de la filosofía *sans phrase*. Su filosofía parte más bien de los problemas conceptuales que surgen en el interior de la propia experiencia jurídica; problemas que no pueden ser estudiados más que por juristas profesionales. En consecuencia, no se puede hacer este tipo de filosofía sin conocer el derecho. Y, por otra parte, este tipo de filosofía constituye un ejercicio intelectual útil para los juristas y, quizás, sólo para ellos.[12]

La teoría del derecho, según Bobbio, no es más que una parte de la filosofía del derecho de los juristas.

2) En segundo lugar, la distinción entre filosofía jurídica descriptiva y filosofía jurídica prescriptiva.[13] Esa distinción –que recuerda la conocida distinción de Bentham entre *expository jurisprudence* y *censory jurisprudence*–[14] reproduce evidentemente la oposición, de la que ya se ha hablado, entre lenguaje descriptivo (o cognitivo) y lenguaje prescriptivo (o normativo): entre el lenguaje del conocimiento (y, por tanto, de la ciencia) y el lenguaje de la voluntad (por ejemplo, el de la ética o el derecho).

La filosofía jurídica descriptiva –o "teoría del derecho"– es un discurso dirigido a tomar conocimiento de su objeto (el derecho). Sus enunciados expresan proposiciones en sentido lógico; es decir, pueden ser verdaderos o falsos.

En cambio, la filosofía jurídica prescriptiva –o "teoría de la justicia"– es un discurso dirigido a "tomar posición" acerca de su objeto (el derecho). Sus enunciados no expresan proposiciones sino juicios de valor (y/o normas); como tales, no pueden ser verdaderos ni falsos.

Según Bobbio, la teoría del derecho es una empresa científica, en tanto que la teoría de la justicia, en último término, no es más que ideología política.

3) En tercer lugar, la distinción entre "teoría" del derecho y la "ciencia" del derecho (la "jurisprudencia" en el sentido originario de *scientia iuris*).

Aparentemente, el objeto de la teoría del derecho no es otro que el derecho. Y sin embargo el derecho constituye también el objeto de la "dogmática" practicada por los juristas "positivos" (la "doctrina"). Entonces ¿cómo puede distinguirse entre una y otra? La solución de Bobbio consiste en sostener que el objeto de la teoría del derecho no es el contenido normativo del derecho sino, más bien, sus caracteres "formales" y "estructurales".[15]

Qué sea la "estructura" de un ordenamiento es fácil de decir: se trata, a grandes rasgos, del conjunto de los conceptos y principios que versan sobre la producción de las normas, su extinción y la solución de conflictos entre normas. En suma: el sistema de fuentes del derecho y sus relaciones recíprocas.

Más difícil es establecer qué es la "forma" del derecho. Es preciso advertir que este punto de vista supone: (a) en primer lugar, la identificación del derecho como un conjunto de comunicaciones lingüísticas prescriptivas (el lenguaje del legislador, en sentido amplio); (b) en segundo lugar, la distinción, en el seno del discurso prescriptivo, de un "contenido" y de una –algo enigmática– "forma". Pues bien, la labor de la dogmática es estudiar el contenido del derecho y el objeto de la TD es el estudio de su forma.

Así, el contenido del derecho es, muy simplemente, la respuesta a la pregunta: ¿qué está prescrito, a quién y en qué circunstancias?, que supone, obviamente, la interpretación del discurso legislativo. La "forma" es todo lo que queda una vez hecha la abstracción del contenido, es decir, el prescribir en

cuanto tal, la calificación normativa del comportamiento (obligatorio, prohibido, permitido, etcétera). Por tanto, el análisis "formal" del derecho no es más que el análisis del lenguaje prescriptivo en general.[16]

Desde esta perspectiva, la TD se compone de una *mélange* de teoría de las fuentes y de teoría del lenguaje prescriptivo. Debe observarse que la teoría de las fuentes es, al mismo tiempo, una parte de la "ciencia jurídica"; y por otro lado, que la teoría del lenguaje prescriptivo no es una teoría específicamente jurídica (ya que, obviamente, hay lenguajes prescriptivos no jurídicos).

4. Positivismo jurídico y derecho natural

Toda la obra teórica de Bobbio presupone una concepción del derecho muy determinada: el positivismo jurídico. Pero, ¿en qué sentido?

En mi opinión, el positivismo jurídico se caracteriza, muy simplemente, por oposición al iusnaturalismo. De modo que, para esclarecer en qué consiste el positivismo jurídico, es necesario, de forma preliminar, definir el iusnaturalismo. A estos efectos, es útil una distinción de Bobbio entre dos acepciones de "iusnaturalismo":

a) en un primer sentido, "iusnaturalismo" designa una *metaética*, y precisamente una metaética naturalista: una variante del llamado cognocitivismo ético;[17]

b) en un segundo sentido, "iusnaturalismo" designa una *ética*, y precisamente una ética liberal: la defensa de la libertad individual frente al poder político (que es la antítesis del legalismo o formalismo ético).[18]

Por oposición, "positivismo jurídico" designa:

a) en un primer sentido, una variante de la metaética no cognocitivista;

b) en un segundo sentido, una ética estatalista, esto es, la doctrina legalista o formalista de la justicia, según la cual es justo aquello que es conforme al derecho positivo, de forma que el derecho positivo en cuanto tal merece obediencia, independientemente de su contenido.[19]

Pues bien, Bobbio es iuspositivista en el primer sentido, y sólo en él. En otras palabras, es un defensor del no-cognocitivismo,

pero es, a la vez, un opositor del legalismo ético.[20] Su ética es la «de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona contra las pretensiones del Estado, de la libertad individual contra la sumisión a la ley, de la autonomía contra la heteronomía»; en fin, «la moral de la libertad» y no «la moral de la autoridad».[21]

5. El positivismo jurídico de Bobbio

El iusnaturalismo, como variante del cognocitivismo ético, se funda sobre tres ideas:

i) En primer lugar, las normas jurídicas no son simples hechos sino valores. De forma que conocer una norma jurídica es, al mismo tiempo, aprobarla, aceptarla como guía del comportamiento. En otras palabras, se debe obediencia a las normas jurídicas.[22]

ii) En segundo lugar, las normas jurídicas no dependen de actos de voluntad (o de lenguaje) específicos realizados por hombres. Las normas jurídicas están ya dadas en la "naturaleza" (en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas), como valores anteriores a, e independiente de, todo acto normativo humano.[23]

iii) En tercer lugar, conocer la "naturaleza" no es únicamente conocer hechos, sino también normas, es decir, valores. Existen, por tanto, normas que pueden ser obtenidas por el simple conocimiento y a las cuales se debe obediencia.[24]

Así, por oposición, el centro del positivismo jurídico está constituido por las siguientes ideas (podemos decir que éste es el "contenido mínimo" del iuspositivismo).

i) En primer lugar, las normas jurídicas son simples hechos y no valores. Los hechos, evidentemente, no exigen obediencia (no tendría sentido decir que se debe obediencia a un determinado hecho). Se puede tomar conocimiento de una norma jurídica sin, por ello, aprobarla, aceptarla como guía del comportamiento. Se debe obediencia a las normas jurídicas si, y sólo si, se las acepta.

ii) En segundo lugar, no existen normas ya dadas, en la naturaleza. Las normas jurídicas son entidades *language-depen-*

dent, esto es, dependientes del uso del lenguaje. Las normas jurídicas son entidades que únicamente pueden ser producidas por actos lingüísticos normativos o, si se prefiere, por actos de voluntad. "Kein Imperativ ohne Imperator":[25] no existen mandatos sin alguien que los emita.

iii) En tercer lugar, conocer la naturaleza es conocer hechos, no valores. No se pueden obtener normas mediante conocimiento.

La teoría del derecho de Bobbio es una teoría iuspositivista en el sentido esbozado. En palabras de Bobbio: el positivismo jurídico es aquella concepción que «no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo».[26]

Esta forma de pensar comporta una concepción de la ciencia jurídica como discurso no valorativo o –como dice Bobbio– una aproximación científica al derecho. Pero no implica, en efecto, una teoría estatalista e imperativista del derecho, ni una teoría formalista de la interpretación, ni una ideología legalista de la justicia[27].

6. El derecho como lenguaje prescriptivo

En Europa, la teoría del derecho de orientación analítica nace en 1950. El acto de fundación de esa teoría es un artículo de Bobbio en el que –por primera vez– el derecho es representado muy simplemente como *el lenguaje (o el discurso) prescriptivo del "legislador"*.[28]

Esta definición del derecho –que, a mi entender, recoge perfectamente la concepción del derecho que está implícita en las obras de los juristas modernos (al menos, de los juristas de los países occidentales de *civil law*)– es destacable por dos razones fundamentales.

En primer lugar, para comprender la originalidad de la definición de Bobbio, nada obvia en la época en que fue formulada, se debe tener presente que, en los años cuarenta y cincuenta, la teoría jurídica europea continental estaba ampliamente dominada por la "teoría pura del derecho". En la obra de Kelsen, el derecho está configurado como una suerte de mundo suprasensible: el reino del *Sollen*, es decir, un universo no empírico, regido por sus propias leyes (el principio de imputación, contrapues-

to al principio de causalidad). Y es por esta razón que la ciencia jurídica se presenta en Kelsen como una ciencia doblemente peculiar: por un lado, versa sobre entidades que no son hechos, sino "normas"; por otro, se expresa en un lenguaje no descriptivo sino normativo (los enunciados de los juristas no son enunciados indicativos sino deónticos).[29]

Según Bobbio, en cambio, el derecho no es nada más que un discurso: las normas son comunicaciones lingüísticas prescriptivas, es decir, enunciados (ni verdaderos ni falsos) dirigidos a modificar la conducta humana. En consecuencia, la ciencia jurídica no es, según Bobbio, una enigmática ciencia "normativa", sino simplemente un análisis lingüístico: precisamente, el análisis del lenguaje legislativo. Así, Bobbio reduce la ciencia jurídica a un «discurso acerca de un discurso»: un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es el discurso prescriptivo del legislador.[30]

En segundo lugar, la definición de Bobbio se presenta como una feliz (aunque inconsciente) conciliación de dos teorías del derecho aparentemente antitéticas: el normativismo (*à la* Kelsen) y el realismo (*à la* sueca). La definición del derecho como lenguaje del legislador, en efecto, configura el derecho como *hecho* y como *norma*. Como hecho, ya que un discurso, evidentemente, no es más que un hecho empírico (un simple *Sein*, en el léxico de Kelsen). Como norma, ya que el discurso del legislador es un discurso prescriptivo, esto es, expresa normas.

Es criticable, por otro lado, que Bobbio identifique el derecho únicamente con el discurso *del legislador*. Esta concepción comete el error de configurar las actividades de los llamados órganos de aplicación (jueces, administración pública) y de los juristas como actividades que se ejercitan sobre un objeto preconstituido. La definición de Bobbio, en fin, sugiere –quizás involuntariamente– que los jueces, administradores y juristas encuentran el derecho ya acabado por el legislador, y no contribuyen de ningún modo a producirlo. Pero, como veremos enseguida, esta forma de pensar no concuerda con la teoría bobbiana de la ciencia jurídica.

7. Tres aspectos de la ciencia jurídica

Las contribuciones de Bobbio a la teoría de la ciencia jurídica son innumerables. Me limitaré aquí a recordar tres ejemplos.

1) Bobbio configura de un modo empirista la interpretación del derecho como análisis del lenguaje del legislador. Entonces, la interpretación no es, según Bobbio, la búsqueda de una (inaprensible) "voluntad" del legislador o de un (inexistente) "espíritu" de la ley, sino un simple análisis textual: investigación del significado de palabras y enunciados. De modo que el discurso de los intérpretes se formula en un metalenguaje, cuyo lenguaje-objeto es el discurso del legislador.[31]

2) Según Kelsen, los enunciados de los juristas son, paradójicamente, aserciones descriptivas y normativas al mismo tiempo. Son descriptivas ya que no imponen normas sino que las *describen*. Y son, no obstante, normativas ya que no describen hechos sino *normas*. De ahí se obtiene la extraña teoría kelseniana del "*Sollen* en sentido descriptivo". Según Bobbio, los enunciados de los juristas no son más que aserciones metalingüísticas sobre normas. Los enunciados de los juristas, por tanto, son descriptivos, no porque el *Sollen* pueda inopinadamente asumir un sentido descriptivo, sino por la simple razón de que en los discursos de los juristas el verbo "deber" no es usado sino mencionado entre comillas.[32]

3) Sin embargo, según Bobbio la ciencia jurídica no se reduce a una actividad interpretativa: los juristas no se limitan a analizar el lenguaje legislativo sino que lo *transforman* cuando resuelven antinomias y/o colman lagunas. La solución de una antinomia consiste, en efecto, en la sustracción del ordenamiento de una norma (expresa) dictada por el legislador. La solución de una laguna, por su parte, consiste en la introducción en el ordenamiento de una norma (implícita) que el legislador nunca ha dictado. Desde este punto de vista, como puede verse, los juristas no trabajan en absoluto sobre un objeto ya dado, preconstituido, sino que contribuyen a construirlo.[33]

8. Dos sentidos de validez

Según Kelsen, como es sabido, los sistemas jurídicos son ordenamientos dinámicos. En un sistema normativo dinámico no puede haber más que un único criterio de "existencia" de las normas: la llamada validez formal. Una norma "existe" en el sistema si, y sólo si, ha sido producida por el sujeto competente

según el procedimiento prescrito. Esta forma de ver las cosas conduce a Kelsen a sostener una tesis, al menos, paradójica (la llamada tesis de la "cláusula alternativa tácita") y a desconocer al menos una importante distinción (entre "nulidad" y "anulabilidad"). Especialmente, este punto de vista ofrece una representación inadecuada de los sistemas jurídicos contemporáneos regidos por el principio de legalidad y por constituciones rígidas.

Bobbio, en cambio, distingue entre validez formal y validez material.[34] Una norma es formalmente válida cuando ha sido producida por el sujeto competente según el procedimiento prescrito; es materialmente válida cuando no está en conflicto con otra norma. Una norma es válida en sentido pleno (o, brevemente, "existente") si, y sólo si, es válida formal y materialmente.

Así pues, según Bobbio, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos y estáticos al mismo tiempo. Dinámicos, en la medida en que la validez formal es condición necesaria de "existencia" de las normas. Estáticos, en la medida en que también la validez material es condición necesaria de "existencia" de las normas.

Es interesante percibir que, según Bobbio, es precisamente el criterio material de validez el instrumento conceptual a través del cual los juristas transforman el lenguaje de las fuentes. Las nuevas normas, implícitas, elaboradas por los juristas (con argumentos no deductivos) para colmar las lagunas, son normas materialmente válidas, aunque formalmente inválidas (ya que ningún legislador las ha formulado). Y las normas explícitas, que los juristas sustraen del sistema para resolver las antinomias, son normas materialmente inválidas, aunque formalmente válidas (en tanto que formuladas por el legislador).

Se sigue de lo anterior que el sistema jurídico –después de todo– no es en absoluto el conjunto de normas explícitas, formalmente válidas, formuladas por el legislador. El sistema jurídico es el resultado de las operaciones de adición y sustracción realizadas por los juristas sobre el conjunto de las normas explícitas formalmente válidas.[35]

9. El derecho como ordenamiento

Para Kelsen, como para Austin, las normas jurídicas se distinguen de las normas no jurídicas (por ejemplo, morales) en

virtud de su contenido prescriptivo: son jurídicas las normas que imponen sanciones. Actualmente, la idea de que las normas jurídicas no se distinguen de otros tipos de normas por su contenido (o por su estructura lógica) sino por pertenecer a un sistema jurídico está difundida entre los filósofos del derecho. Es jurídica toda norma que –independientemente de su contenido o de su estructura– sea reconocible como perteneciente a un sistema jurídico.

Es también una opinión difundida que esta idea se remonta al conocido libro de Hart, *The Concept of Law*, publicado en 1961.[36] Esta opinión no es exacta: en realidad, la idea se remonta a la *Teoria dell'ordinamento giuridico* de Bobbio, publicada en 1960.

Según Bobbio, la "juridicidad" no es una propiedad de normas aisladas sino de "ordenamientos", es decir, de conjuntos organizados de normas. Esta idea surge de la banal consideración de que «en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas», marcado por una telaraña de relaciones internormativas. Ese contexto de normas es precisamente lo que Bobbio llama un "ordenamiento".[37]

De este modo, Bobbio invierte el problema tradicional de la identificación del derecho: para identificar el derecho no se debe partir de la noción de norma sino de la de ordenamiento jurídico. En otras palabras, para Kelsen son jurídicos todos, y sólo, los ordenamientos que están constituidos por normas jurídicas; para Bobbio, son jurídicas todas, y sólo, las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.

Naturalmente, queda el problema de distinguir los ordenamientos específicamente jurídicos de los ordenamientos de otros tipos (ordenamientos morales, de la costumbre, de los juegos, etcétera). La respuesta de Bobbio a este problema retoma ideas de Kelsen, de Olivecrona y de Ross: el derecho es una "organización de la fuerza". Según la teoría tradicional (Austin, Ihering), la fuerza es un instrumento para garantizar la observancia de las normas jurídicas. Según Bobbio, en cambio, la fuerza es el contenido mismo de las normas jurídicas. El derecho es un ordenamiento que disciplina, en último término, el uso de la fuerza.[38]

Esto no significa, sin embargo, que el derecho esté integrado sólo por normas ("secundarias") acerca de la sanción, y que

las ordinarias normas de conducta ("primarias") dirigidas a los ciudadanos dejen de pertenecer al conjunto de las normas jurídicas. No debe confundirse el criterio de identificación de los sistemas jurídicos con el criterio de identificación de las normas jurídicas concretas. Es jurídico todo ordenamiento cuyo contenido sea la organización de la fuerza. Son jurídicas todas las normas que pertenezcan a tales ordenamientos, según sus propios criterios de validez. Entonces, también las comunes normas de conducta son normas jurídicas genuinas, a condición de que pertenezcan a un ordenamiento jurídico. Estas tienen la función de determinar las condiciones suficientes para el uso de la fuerza; en resumen, para Bobbio, como para Kelsen, las normas primarias son "fragmentos" de las normas secundarias sobre la sanción.[39]

Las contribuciones de Bobbio a la teoría del ordenamiento son múltiples. Es este lugar, quisiera recordar dos de ellas.

a) Los problemas de la completud y de la coherencia de los ordenamientos son generalmente afrontados, en el marco de la teoría general, como problemas lógicos. Según Bobbio, en cambio, son problemas empíricos, de derecho positivo.[40]

En particular, en su opinión, es incompleto todo ordenamiento jurídico que incluya –como sucede a menudo– dos normas de clausura incompatibles sin incluir, a pesar de ello, también una metanorma que resuelva el conflicto entre ellas. Por ejemplo, es incompleto el ordenamiento jurídico italiano, que autoriza al juez a resolver los casos no previstos tanto con la norma general "exclusiva" (todo lo que no está prohibido está permitido) como recurriendo a la analogía (la norma que autoriza la analogía es llamada por Bobbio norma general "inclusiva"), pero no incluye ninguna metanorma que permita al juez decidir unívocamente el conflicto entre norma general exclusiva y norma general inclusiva.

Análogamente, es incoherente todo ordenamiento jurídico que incluya varios criterios de solución de las antinomias ("lex superior", "lex posterior", "lex specialis"), pero ningún metacriterio que permita resolver los conflictos entre esos criterios.

b) Kelsen y Hart sostienen que todo ordenamiento jurídico incluye algún tipo de regla "última" de reconocimiento, que confiere unidad al ordenamiento. Según Kelsen, la norma funda-

mental no es una norma "puesta" sino "presupuesta". Igualmente, según Hart, la regla de reconocimiento no es una norma positiva, sino la ideología normativa (susceptible de verificación empírica) tácitamente aceptada por los ciudadanos y por los jueces. En ambos casos, la cuestión estrictamente jurídica de la validez de normas concretas se confunde con la cuestión filosófico-política de la legitimidad del ordenamiento en su conjunto.

Según Bobbio, no existe en absoluto una regla última de reconocimiento presupuesta o, en todo caso, metapositiva. Más simplemente, en todo ordenamiento hay normas *positivas* que permiten identificar otras normas: se trata de las normas (constitucionales y legales) que establecen criterios de validez o pertenencia al ordenamiento. En otras palabras, la llamada regla de reconocimiento no es más que el conjunto de las normas sobre las fuentes, sobre la aplicación del derecho y sobre la interpretación. Desde este punto de vista, la *Grundnorm* de Kelsen y la *rule of recognition* de Hart no son más que inútiles duplicaciones filosóficas de un conjunto de normas positivas.[41]

Por otra parte, según Bobbio tampoco tiene razón de ser la distinción de Hart entre *rule of recognition* y *rules of change*, por la banal razón de que las únicas "reglas de reconocimiento" positivamente existentes en los diferentes ordenamientos son precisamente las "reglas de cambio".[42]

10. Normas y proposiciones normativas

Hoy es un lugar común distinguir entre normas y aserciones acerca de normas (o "proposiciones normativas", como se suele decir). Es también un lugar común distinguir, consecuentemente, entre la lógica de las normas y la lógica de las aserciones acerca de las normas. Pues bien, una de las primeras formulaciones (si no la primera formulación) de esta distinción se remonta a un artículo de Bobbio de 1954 (antecedente, en consecuencia, tanto de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen, publicada en 1960, como de *Norm and Action* de von Wright, publicado en 1963).[43]

En primer lugar, Bobbio distingue claramente entre normas y aserciones metalingüísticas sobre normas: son normas los enunciados del lenguaje legislativo; son aserciones sobre normas los enunciados de los juristas.

En segundo lugar, Bobbio distingue entre la lógica de las normas, que él llama "lógica del derecho", y la lógica de las aserciones sobre normas, que él llama "lógica de la jurisprudencia".

La lógica de la jurisprudencia, observa correctamente Bobbio, no es una lógica específicamente deóntica, ya que tiene por objeto comunes proposiciones cognoscitivas: desde un punto de vista lógico, las proposiciones cognoscitivas de los juristas, si bien versan acerca de normas, no tienen un comportamiento distinto de las proposiciones de cualquier otro científico.

La lógica del derecho, según Bobbio, no tiene por objeto el comportamiento lógico de las modalidades deónticas (obligatorio, permitido, etcétera): el análisis de las modalidades deónticas compete a la teoría formal del derecho. Del mismo modo que es tarea de la lógica del discurso cognoscitivo establecer las condiciones de verdad de las proposiciones, según Bobbio, es tarea de la lógica del discurso prescriptivo (y, en particular, del discurso legislativo) establecer las condiciones de validez de las normas. Por ejemplo, son tesis lógico-deónticas las siguientes: *a*) una norma que califique como obligatorio un determinado comportamiento y otra que califique como prohibido ese mismo comportamiento no pueden ser válidas conjuntamente, pero pueden ser ambas inválidas; *b*) una norma que califique como permitido un determinado comportamiento y otra que califique como no-permitido ese mismo comportamiento no pueden ser conjuntamente válidas, y tampoco conjuntamente inválidas.

De este modo, Bobbio asimila la validez de las normas a la verdad de las proposiciones. Una proposición es verdadera (o falsa) de forma totalmente independiente del hecho de que alguien la haya efectivamente pronunciado. Análogamente, según Bobbio, una norma puede ser válida independientemente del hecho que alguien la haya efectivamente creado, emitido, promulgado, y puede ser inválida a pesar del hecho de que haya sido creada, emitida, promulgada. En fin, Bobbio se adhiere a la forma de pensar que ha sido denominada concepción "hilética" de las normas.[44]

11. Mandatos y consejos

La teoría del lenguaje prescriptivo es, quizás, el ámbito de estudio al cual Bobbio ha dedicado sus contribuciones más nu-

merosas e importantes. Me limitaré aquí a mencionar únicamente una de esas contribuciones, probablemente la más original: aludo al intento –aislado en la teoría jurídica contemporánea– de analizar y clasificar las prescripciones desde el punto de vista de la "fuerza".[45]

Bobbio llama "fuerza" de una prescripción al grado de influencia que su emisor tiende a ejercer sobre el comportamiento del destinatario. Este concepto es usado por Bobbio principalmente para distinguir dos tipos de prescripciones: los mandatos y los consejos.

1) Son *mandatos* las prescripciones que tienden a ejercer un grado máximo de influencia sobre la conducta de los destinatarios. El mandato *a*) presupone que el emisor dispone de autoridad o poder coactivo; *b*) califica los comportamientos en términos de "obligación" o "prohibición"; *c*) prevé una sanción para el incumplimiento; *d*) exime de responsabilidad a quien lo cumple.

2) Son *consejos* las prescripciones de fuerza más atenuada. Un consejo: *a*) no presupone autoridad sino ascendencia (*autorevolezza*); *b*) el comportamiento aconsejado no es obligatorio ni está prohibido; *c*) el consejo es seguido o desatendido en función de su razonabilidad intrínseca y no por temor a una sanción; *d*) no exime de responsabilidad a quien realiza la acción aconsejada. Los consejos se distinguen tanto de las "peticiones" (enunciados con los que intentamos inducir al destinatario a hacer alguna cosa a nuestro favor), como de las "exhortaciones" (los consejos se argumentan aduciendo razones, las exhortaciones se argumentan apelando a los sentimientos).

12. La función promocional del derecho

La teoría jurídica tradicional (desde Austin hasta Kelsen) concibe el derecho como un conjunto de obligaciones y prohibiciones basadas en la amenaza de medidas coercitivas. Las razones históricas de esta forma de pensar son fácilmente comprensibles: la teoría general del derecho nace el siglo pasado (en Gran Bretaña y en Alemania);[46] su contexto institucional es el Estado liberal clásico. La función principal del Estado liberal es la tutela de la paz social, garantizando "desde fuera", sin interferen-

cias, los automatismos económicos y sociales. El derecho adecuado a este tipo de organización política es un derecho "mínimo": los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales son ordenamientos relativamente poco amplios, que responden esencialmente a una función represiva de las conductas desviadas.

A partir de los años setenta, Bobbio sostiene que la teoría jurídica tradicional, prisionera todavía de sus vicios de origen, ya no es adecuada para un contexto institucional que ya había cambiado. El nuevo contexto institucional es el *welfare state*. El Estado ya no sólo desarrolla funciones de "control" social sobre los comportamientos desviados, sino también –y quizás principalmente– funciones de "dirección social", interviniendo activamente en la producción y en la distribución de los recursos económicos. En ese contexto, el derecho cumple, no ya una función únicamente represiva, sino también funciones "promocionales".[47] Junto a la sanción "negativa" (la pena, el resarcimiento del daño) aparece un nuevo instrumento para guiar la conducta: la sanción "positiva". Pertenecen a la clase de las sanciones positivas, por ejemplo, los premios y los incentivos.[48]

Así, Bobbio propone, por un lado, revisar la concepción dominante del derecho (el derecho como conjunto de mandatos basados en la amenaza de la fuerza); por otro lado, ampliar los confines de la teoría jurídica tradicional, estudiando, no ya únicamente los elementos estructurales del universo jurídico, sino también sus diversas "funciones". La idea es que, para dedicarse al análisis funcional del derecho, la teoría jurídica debe enriquecer sus métodos de investigación, adquiriendo los instrumentos de la sociología empírica.[49]

Notas

1. Sobre el estilo teórico de Bobbio: A. Ruiz Miguel, "El método de la teoría jurídica de Bobbio", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983; R. Guastini, "Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio", en Angel LLamas (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
2. N. Bobbio, Recensión al libro: A. Wood, *Bertrand Russell, scettico appasionato*, en *Rivista di filosofia*, 1961, 230-233.
3. Cfr., por ejemplo, H. Taylor, *The Science of Jurisprudence. A Treatise in Which the Growth of Positive Law is Unfolded by the Historical Method and its Elements Classified and Defined by the Analytical*, New York, 1908, cap. I.

4. Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, cap. XXI.
5. Cfr., por ejemplo, G. Kalinowski, *Le problème de la verité en morale et en droit*, Lyon, 1967.
6. Cfr. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952; trad. cast., *El lenguaje de la moral*, a cargo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi, México D.F., 1975; J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962; trad. cast., *Cómo hacer cosas con palabras*, a cargo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi, Barcelona, 1990.
7. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, cap. III; trad. cast. en Id., *Teoría general del Derecho*, a cargo de E. Rozo Acuña, Madrid, 1991, primera parte, cap. III.
8. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., cap. III; trad. cast. en *Teoría general del Derecho*, cit., primera parte, cap. III.
9. E. Bulygin, "Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms", en *Law and Philosophy*, IV, 1985; trad. cast., "Normas y lógica. Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.
10. Cfr. P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Milano, 1991.
11. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 40-41.
12. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 40, 42.
13. N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, 7-8, 49-50, 79 ss.
14. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), ed. por J.H. Burns y H.L.A. Hart, London, 1970.
15. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" (1950), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, cap. XVIII; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", a cargo de A. Ruiz Miguel, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980, cap. VII; N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., 3-7, 34 ss. A propósito, cfr. U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953.
16. La distinción entre forma y contenido de las normas jurídicas podría ser reformulada en los términos de la distinción de Hare entre "frástico" y "néustico" de los enunciados prescriptivos. Cfr. R.M. Hare, *The Language of Morals*, cit.; trad. cast., *El lenguaje de la moral*, cit.
17. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 163 ss., 180-190.
18. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 135 ss.; trad. cast. (parcial), *El problema del positivismo jurídico*, México D.F., 1992, 77 ss.
19. En mi opinión, sin embargo, el legalismo o formalismo ético es –también– una metaética y no una ética. Es además una metaética pseudo-positivista, o quasi-positivista, en el sentido esclarecido por A. Ross, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural" (1962), trad. cast., a cargo de G.R. Carrió y O. Paschero, en A. Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F., 1993.
20. N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, cit., 146; trad. cast, *El problema del positivismo jurídico*, cit., 88-89.
21. N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, cit., 138-139; trad. cast, *El problema del positivismo jurídico*, cit., 80-81.
22. Cfr. A. Ross, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", cit.
23. Cfr., por ejemplo, M. Villey, "Le droit dans les choses", en P. Amselek, C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989.
24. Cfr. G. Kalinowski, *Le problème de la verité en morale et en droit*, cit.

25. Así se expresa Kelsen, retomando un lema de Walter Dubislav: cfr. H. Kelsen, "Derecho y lógica", en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988.
26. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 127; trad. cast, *El problema del positivismo jurídico*, cit., 67.
27. Según Bobbio, "positivismo jurídico" es el nombre de tres teorías distintas, que responden a tres preguntas distintas. (1) Una teoría de la ciencia jurídica, según la cual la ciencia jurídica debe limitarse a describir (con un punto de vista *wertfrei*) solamente el derecho realmente existente. (2) Una teoría del derecho, según la cual el único derecho realmente existente es el derecho positivo, creado por una autoridad soberana independiente, capaz de imponer su obediencia con la fuerza (corolarios de esta teoría son: la separación entre derecho y moral, la doctrina de la supremacía de la ley, la doctrina formalista de la interpretación y de la aplicación, etcétera). (3) Una ideología del derecho, según la cual existe una obligación moral de obedecer al derecho, independientemente de su contenido y de su valor de justicia. Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1961), nueva ed., Torino, 1979.
28. Cfr. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit.; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit.; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950. Cfr. M. Barberis, "Bobbio su scienza e giurisprudenza: una rilettura" en *Annali Giurisprudenza Genova*, XX, 1984-1985; R. Guastini, "Los juristas a la búsqueda de la ciencia (Relectura de Bobbio)", en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje, Revista de ciencias sociales*, 30, 1987; R. Guastini, "I giuristi alla ricerca della scienza (Rileggendo Bobbio)", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, 179-195.
29. Al respecto, cfr. R. Guastini, "Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules", en *Ratio Juris*, IV, 1991, 308-321.
30. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit.; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit.; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., 169, 217 ss.
31. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 347 ss.; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 184 ss.
32. N. Bobbio, "Essere e dover essere nella scienza giuridica" (1967), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; trad. cast., "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", en Id., *Contribución a la teoría del derecho*, cit.
33. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 356 ss.; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 192 ss.; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., 225 ss.
34. N. Bobbio, "Sul ragionamento dei giuristi" (1955), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., cap. XV.
35. Al respecto, cfr. R. Guastini, "Norberto Bobbio sul ragionamento dei giuristi" en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, cit., 181 ss.
36. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. cast., *El concepto de derecho*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1963. Ha escrito C.S. Nino: «Como es sabido Hart fue uno de los precursores de un cambio radical en el enfoque de la relación entre los conceptos de derecho y norma (o regla) jurídica: en lugar de tomar a este último como primitivo y definir la noción de derecho como un conjunto o sistema de normas jurídicas tal cual lo han Austin y Kelsen por ejemplo, Hart distingue a las normas jurídicas por su pertenencia a un orden jurídico.» (C.S. Nino: "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 1985, n. 5, 75).

37. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 3, 19; trad. cast. en *Teoría general del Derecho*, cit., 153, 162.
38. N. Bobbio, "Diritto e forza" (1966), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 119 ss.; trad. cast., "Derecho y fuerza", en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., 335 ss.
39. N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 130-131.
40. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., caps. III y IV; trad. cast. en Id., *Teoría general del Derecho*, cit., segunda parte, caps. III y IV; N. Bobbio, "Lacune del diritto" (1963) en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., cap V; N. Bobbio, "Sui criteri per risolvere le antinomie" (1967), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit.; trad. cast., "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit.
41. N. Bobbio, "Norme primarie e norme secondarie" (1968), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit.; "Normas primarias y normas secundarias", en Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit.
42. N. Bobbio, "Per un lessico di teoria generale del diritto" (1975), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., cap. XII.
43. N. Bobbio, "La logica giuridica di Eduardo García Máynez" (1954), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., cap VII; trad. cast., *La lógica jurídica de Eduardo García Máynez*, a cargo de L. Recasens Siches, México D.F., 1956. Cfr. también N. Bobbio, "Diritto e logica" (1961), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., cap. VI; trad. cast., "Derecho y lógica", en N. Bobbio, A.G. Conte, *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*, México D.F., 1965, 7-42.
44. Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, 1979; de los mismos autores, "The Expressive Conception of Norms", en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, 1981; trad. cast., "La concepción expresiva de las normas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit. Al respecto, cfr. R. Guastini, "Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen", en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.
45. N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., 109-122; trad. cast. en Id., *Teoría general del Derecho*, cit., 73-80. N. Bobbio, "Comandi e consigli" (1961), en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit.; N. Bobbio, "Norma giuridica" (1964) y "Norma" (1980), en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., caps. XI y X.
46. M. Barberis, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Bologna, 1993, caps. III y IV.
47. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, 13 ss.
48. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 33 ss.
49. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 63 ss., 89 ss.

SEGUNDA PARTE

Fuentes, normas y principios

I

Concepciones de las fuentes del derecho

1. Dos nociones de fuente del derecho

En la literatura se pueden encontrar fundamentalmente dos nociones de 'fuente (de producción) del derecho' o, como también se suele decir, de 'fuente normativa'[1] (aunque cada una de ellas presenta, en realidad, algunas variantes).[2]

Adoptando una pareja de opuestos bastante común en el pensamiento jurídico, podemos decir que:[3]

1) La primera es una noción "material" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos o hechos como fuentes del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado normativo (si son hechos).

La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y, más específicamente, de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta.

2) La segunda es una noción "formal" de fuente, ya que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuentes del derecho independientemente de su contenido (o resultado).

La noción formal de fuente remite a las normas sobre la producción jurídica propias de cada ordenamiento.

En algún sentido, la noción que hemos convenido en llamar "material" es además un concepto "teórico-general" de fuente, no tanto por la razón (genérica) de que pretende valer para todo ordenamiento jurídico posible –o al menos, para todo orde-

namiento moderno (en el sentido de desarrollado)– como por la razón de que pretende determinar cuáles son las fuentes de cada ordenamiento de un modo independiente del contenido positivo del ordenamiento en cuestión: prescindiendo, entonces, de los diversos modos como los diferentes ordenamientos regulan la creación del derecho.

Por su parte, la noción que hemos convenido en llamar "formal" constituye, en algún sentido, un concepto "dogmático" de fuente: no ya porque no pretenda, también, valer para todo ordenamiento posible, sino porque, para determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se tenga en cuenta el contenido positivo del ordenamiento en cuestión; en particular, sus normas sobre la producción jurídica.

Es al menos dudoso que las dos nociones sean compatibles; no obstante, a menudo se encuentran combinadas entre sí formando una noción mixta.

2. La noción material de fuente

Según la noción material (o teórico-general), la expresión 'fuente (de producción) del derecho' denota todo acto o hecho que, precisamente, produzca derecho[4] y, más específicamente, *normas generales y/o abstractas*. No obstante, en este contexto, la expresión 'producir normas' debe ser entendida en sentido lato.

En sentido literal, producir normas es la actividad consistente en crear (nuevas) normas jurídicas.[5] En sentido lato, es producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la *modificación* del derecho existente en un determinado momento. El derecho –el conjunto de normas jurídicas– existente puede ser modificado al menos de tres formas distintas:

a) introduciendo nuevas normas (generales y/o abstractas),[6]

b) derogando (o en cualquier caso "extinguiendo") normas existentes, y

c) sustituyendo normas existentes (la sustitución consiste obviamente en la conjunción de la derogación de una norma existente y la introducción de un nueva norma).[7]

En cambio, no constituye producción de derecho la mera repetición de normas preexistentes ni la formulación de precep-

tos que sean meras consecuencias lógicas de normas preexistentes.[8]

Debe advertirse que, según la noción material de fuente, son fuentes del derecho todos los actos y hechos que, *de hecho*, producen normas jurídicas. Por ello, en cualquier ordenamiento, las fuentes únicamente pueden ser identificadas como tales *a posteriori*: para saber si un cierto acto o hecho es fuente del derecho es necesario identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho).

Es en este sentido, precisamente, que según esta noción, los criterios de reconocimiento de las fuentes son "materiales" o "sustanciales". No se puede decidir *a priori* –sobre la base de elementos puramente formales, como por ejemplo su *nomen iuris*, su procedimiento de formación, o similares– si un cierto acto es, o no, una fuente del derecho; es necesario comprobar su contenido. Todo acto, que esté provisto de contenido genuinamente normativo (esto es, de un contenido general y/o abstracto) constituye fuente del derecho con independencia de sus connotaciones formales.[9]

3. Producción, aplicación, ejecución

El concepto de producción jurídica ilustrado hasta aquí es la piedra angular de la clasificación de las funciones estatales,[10] que, a su vez, constituye el presupuesto conceptual de la doctrina de la división de poderes en sus diversas variantes.

1) En primer lugar, la producción del derecho se distingue de la ejecución del derecho. 'Ejecución del derecho' designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma (que no esté dirigida a los ciudadanos privados sino a los órganos del estado).

2) En segundo lugar, la producción del derecho se distingue de la aplicación del derecho. 'Aplicación del derecho' denota la actividad consistente en crear preceptos singulares y concretos de conformidad con normas (generales y/o abstractas) preconstituidas.

Debe señalarse que la distinción entre producción, aplicación y ejecución no es nítida. En efecto, es necesario distinguir al menos dos tipos de aplicación del derecho.

a) La aplicación es discrecional –y en esto se parece a la producción– siempre que la norma a aplicar no predetermine enteramente el contenido del precepto singular y concreto que desciende de ella. Esto sucede, típicamente, cuando la norma a aplicar tiene una estructura teleológica, es decir, prescribe la persecución de un fin, dejando al órgano aplicador la elección de los medios idóneos para conseguirlo. Así, son muchos los preceptos posibles que constituyen aplicación de la norma: tantos como medios disponibles para conseguir la finalidad prescrita. En este sentido, es discrecional la aplicación del derecho por parte de la administración pública.[11]

b) La aplicación está predeterminada –y en esto se parece a la ejecución– si la norma a aplicar prevé enteramente el contenido del precepto singular y concreto que desciende de ella. De este modo, hay un sólo precepto que constituye aplicación de la norma. En este sentido, la aplicación jurisdiccional del derecho está predeterminada (si se hace abstracción de la discrecionalidad inherente, por ejemplo, a la determinación cuantitativa de la pena).[12]

La aplicación jurisdiccional del derecho, en efecto, es concebida en el pensamiento jurídico moderno a la manera de Beccaria,[13] es decir, como un razonamiento silogístico[14] –y en consecuencia como una operación puramente lógica y cognitiva– en el cual la premisa mayor es una norma preconstituida ("Todos los asesinos deben ser sancionados"); la premisa menor es una aserción empírica que subsume un supuesto de hecho concreto en la clase de los supuestos de hecho disciplinados por esa norma ("Ticio es un asesino"); y la conclusión es un precepto singular y concreto ("Ticio debe ser sancionado").[15]

4. La disociación entre forma y contenido

La consecuencia más destacable de este modo de ver las cosas es la siguiente.[16]

Normalmente, las leyes tienen contenido normativo (general y/o abstracto) –son actos productores de normas– y por ello son fuentes del derecho. Pero puede también suceder que una ley no contenga en absoluto normas y contenga, en cambio, preceptos singulares y concretos: pues bien, una ley así, según la

concepción material de las fuentes, *no* sería fuente del derecho. Por otro lado, los actos administrativos normalmente contienen preceptos singulares y concretos y, por tanto, no son fuentes del derecho. Pero no puede excluirse que un acto administrativo tenga, en cambio, contenido genuinamente normativo y sea, por tanto, una fuente del derecho. En resumen, puede suceder que de dos actos dotados del mismo *nomen iuris*, adoptados por un mismo órgano, fruto de un mismo procedimiento y provisto del mismo régimen jurídico, uno sea fuente del derecho y el otro no.

En ese sentido, el rasgo saliente de la concepción material de las fuentes es la disociación entre la "forma" y el "contenido" de los actos. Precisamente, de esta disociación se obtiene la distinción entre dos tipos de "leyes":

a) las "leyes" en sentido material (o sustancial) que, en virtud de su contenido general, son fuentes del derecho independientemente de su forma; y

b) las "leyes" en sentido meramente formal que, en virtud de su contenido singular, no son en absoluto fuentes a pesar de su forma.

Quizás valga la pena añadir que la concepción examinada está indisolublemente ligada a una doctrina prescriptiva de la legislación (esto es, a una doctrina acerca de lo que la legislación debe ser). Según esta doctrina, la legislación debería consistir exclusivamente en normativas generales y abstractas; los legisladores deberían abstenerse de adoptar preceptos singulares y concretos. A su vez, esa doctrina supone una ideología igualitaria (casos iguales deben ser regulados de igual modo).[17]

5. La noción formal de fuente

Según la concepción formal (o dogmática), la expresión 'fuente (de producción) del derecho' denota todo acto o hecho no ya efectivamente productor de normas, sino *autorizado* a producir normas: independientemente de su contenido (si es un acto) o resultado (si es un hecho).[18]

Así, en cada ordenamiento, las fuentes pueden ser identificadas como tales *a priori*: para saber si un cierto acto o hecho

es una fuente del derecho, no es necesario atender a su contenido o a su resultado; es necesario y suficiente comprobar que en el ordenamiento de que se trate haya una norma –y específicamente, una "norma sobre la producción jurídica"– que *autorice* al acto o al hecho en cuestión a crear derecho.

Toda norma puede ser reconstruida en forma de enunciado condicional que vincule un supuesto de hecho con alguna consecuencia jurídica ("Si F, entonces G"). Ahora bien, según la concepción formal de las fuentes, un cierto acto o hecho constituye fuente del derecho si, y sólo si, hay una norma que asume al acto o hecho en cuestión como hecho condicionante de esa peculiar consecuencia jurídica que es la producción normativa: "Si *x*, entonces *y*", donde *x* (supuesto de hecho) es un acto o hecho cualquiera, e *y* (consecuencia jurídica) es la producción de normas[19].

Como puede verse, según esta concepción, los criterios de identificación de las fuentes son meramente "formales". La cuestión de si un cierto acto es, o no, fuente del derecho debe ser decidida *a priori*, sobre la base de elementos formales, como el *nomen iuris* del acto, su procedimiento de formación y similares, prescindiendo completamente del contenido del acto mismo: en el sentido de que todo acto, que esté autorizado para producir derecho, constituye fuente del derecho incluso si, por casualidad, está desprovisto de contenido genuinamente normativo (esto es, general y/o abstracto).

Adviértase que mientras que la noción material de fuente surge de un concepto teórico-general de derecho (el derecho como conjunto de normas, las normas como prescripciones generales y abstractas), la noción formal de fuente supone que el propio concepto de derecho es un concepto (no ya teórico-general, sino) dogmático-positivo. Desde este punto de vista, en efecto, en cada ordenamiento es derecho aquello que el mismo ordenamiento califica como derecho.[20]

6. El criterio de la eficacia

Una notable variante de la noción formal de fuente –merecedora de una mención independiente– es aquella según la cual son fuentes del derecho todos los actos y hechos a los que una norma jurídica atribuya una eficacia particular: específicamente, una eficacia *erga omnes*.[21]

Desde este punto de vista, la ley es una fuente del derecho –tenga o no un contenido genuinamente normativo– en la medida que obliga a todos sus destinatarios («Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y observar la Constitución y las leyes»: art. 54.1, const. it.; «Es obligación de todos sus destinatarios observarla [la presente ley] y hacerla observar como ley del Estado», fórmula de promulgación de las leyes ordinarias, art. 1.1, D.P.R. 1092/1985).

En cambio, un contrato no puede ser fuente del derecho porque vincula únicamente a las partes (art. 1372 cod. civ. it.). Tampoco la sentencia puede constituir fuente del derecho, ya que –de forma general– surte efectos sólo entre las partes, sus herederos y sus causahabientes (art. 2909 cod. civ. it.).[22]

7. Un argumento en favor de la noción formal

A modo de conclusión, es necesario decir que –al menos en el ordenamiento italiano vigente– la noción formal de fuente del derecho puede esgrimir en su favor un argumento al mismo tiempo banal y decisivo.

Hay, en efecto, en el ordenamiento vigente, una (y sólo una) disposición que contenga un elenco expreso de las fuentes –si bien incompleto, según una convención comúnmente aceptada–. Obviamente, se hace referencia al art. 1 disp. prel. cod. civ., que dispone que son fuentes del derecho: las leyes, los reglamentos y las costumbres.

Ahora bien, dejando a un lado las costumbres (que requieren una atención específica), en virtud de esta disposición cualquier acto que presente las características formales de la ley o del reglamento es fuente del derecho con independencia de su contenido.

En fin, para tomar el ejemplo más obvio, se quiere decir que una ley constituye fuente del derecho, tanto si tiene contenido normativo (general y/o abstracto), como si tiene contenido de acto administrativo (singular y/o concreto). Dicho de otro modo: en virtud del artículo 1 disp. prel. cod. civ. it., la ley es fuente del derecho con independencia de lo que disponga y, por otra parte, cualquier cosa que sea establecida por una ley –quizás también una previsión metereológica o una invocación a los dioses– es derecho.

8. Una noción mixta

La alternativa entre la concepción material y la concepción formal de las fuentes es bastante clara. Pero la concepción de las fuentes efectivamente adoptada por los juristas no es tan clara. De hecho, la noción de fuente ampliamente dominante en la doctrina jurídica parece no ser puramente material ni puramente formal, sino mixta.[23] En el sentido de que, para identificar las fuentes del derecho, los juristas usan tanto un criterio formal como un criterio material.

a) Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que están autorizados para producir normas, también cuando, de hecho, no tienen contenido normativo (como ocasionalmente sucede).

b) Por otro lado (criterio material), tienden también a considerar fuentes del derecho todos los actos y hechos que, de hecho, producen normas, incluso si no existe una norma sobre la producción jurídica que los autorice a producirlas.

Por ejemplo, es en virtud de un criterio formal de identificación que, en general, se consideran fuentes del derecho las leyes singulares y las llamadas leyes meramente formales, si bien están desprovistas de contenido normativo; es en virtud de un criterio material de identificación que algunos consideran fuente del derecho a la jurisprudencia (o incluso a la doctrina), a pesar de que ninguna norma autoriza a los jueces (y a los juristas) a producir derecho; es, finalmente, en virtud de un criterio material de identificación que se consideran fuentes del derecho aquellos hechos, no previstos como hechos productores de derecho por ninguna norma sobre la producción jurídica, que se suelen llamar "fuentes *extra ordinem*".

Notas

1. Escribe F. Modugno, "La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafullli", en AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1992, 72: «Hay dos modos de entender las fuentes: según el primero, las fuentes son hechos o actos jurídicos *en cuanto producen* normas, jurídicas y normativas por sí mismas, por una propiedad ínsita en ellas mismas; según el segundo, las fuentes son tales *en cuanto disciplinadas* por nor-

mas, por las normas sobre la producción, son productoras de normas en cuanto condiciones de aplicación de otras normas». Cfr. también, F. Modugno, "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1989; R. Guastini, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Torino, 1989, 11 ss.

2. Puede verse un inventario de los diversos conceptos de fuente en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. I.
3. R. Guastini, "An Inquiry into the Theory of Legal Sources", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1995, 2, 125-142.
4. Cfr. A. Pizzorusso, "The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity", en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlin, 1988.
5. Son actos normativos aquellos «creadores de nuevo derecho; que modifican el ordenamiento jurídico existente; hacen surgir derechos y obligaciones que antes no existían; dan vida a relaciones jurídicas; constituyen, en fin, el ordenamiento jurídico» (V. Crisafulli, "Atto normativo"; en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 241). Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 1937, 228.
6. Y también derogando tácitamente normas existentes (lo que puede ser hecho –adviértase– también introduciendo preceptos singulares y/o concretos): J. Salmond, *Jurisprudence*, 10th ed., by G. Williams, London, 1947, 39 ss.
7. E. Bulygin, "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 476 ss.
8. E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho" (1967), ahora en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit.
9. «La idea de fuente, correctamente entendida, no puede entonces separarse de la idea de norma [...]. Entre una y otra hay una correlación lógica necesaria» (V. Crisafulli, "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 927): es decir, que no sólo no se dan normas sin fuentes sino que tampoco se dan fuentes sin normas.
10. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., Paris, 1928, vol. III (Théorie générale de l'Etat), cap. II. Cfr. también S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Padova, 1933, parte V; Id., *Principi di diritto costituzionale generale*, reedición de la II ed., Milano, 1947, cap. XXIV.
11. La expresión habitual 'poder ejecutivo' es confundente ya que denota un conjunto de actividades heterogéneas: algunas de ellas constituyen meras ejecuciones del derecho; otras, constituyen más bien aplicaciones discrecionales; otras, en fin, constituyen ejercicio libre de poder.
12. En este contexto conviene omitir toda consideración relativa a la 'discrecionalidad' que es propia de toda actividad interpretativa.
13. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § IV; trad. cast., *De los delitos y de las penas*, a cargo de J. Jordá, Barcelona, 1983, § IV.
14. Cfr. J. Wróblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decition" en *Rechtstheorie*, 1974, n. 1; P. Comanducci, "Osservazioni in margine [a J. Wróblewski]", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, cit; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 149 ss.
15. Adviértase que, en este universo conceptual, la jurisdicción *no* constituye "producción" del derecho, por una razón evidente: el precepto pronunciado por el juez es fruto de una inferencia lógica, y no parece apropiado calificar una inferencia lógica como acto "productor" de algo (E. Bulygin, "Sentencia judicial y

creación de derecho", cit.). Quien deduce no crea nada nuevo; se limita a explicitar cuanto ya estaba contenido, quizás implícitamente, en la conjunción de las premisas y, en este sentido, no "produce" nada. Quien infiere un precepto singular y concreto de una norma preexistente, en fin, no innova el derecho: no sólo porque el derecho es, por definición, un conjunto de normas generales y/o abstractas, sino también, y sobre todo, porque el precepto en cuestión era ya virtualmente existente antes de que fuera pronunciado.

16. P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen-Leipzig, 1911, II, 168 ss.; G. Jellinek, *Gesetz und Verornung*, Freiburg, 1887, 348 ss.; G. Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und Formellen Gesetz*, Leipzig, 1891, 26 ss.; H. Kelsen, "Zur lebre vom Gesetz mi formallem und materiellem Sim, mit besonderer Berückschtigung der österreichischen Verfassung", en *Juritische Blätter*, 42, 1913; trad. it., "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale", en Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988; D. Donati, "I caratteri della legge in senso materiale", en *Rivista di diritto pubblico*, 1910, 298 ss. (ahora en Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, vol. II). Al respecto: R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931; I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, II ed., Barcelona, 1988, cap. VIII; A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza, e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, 50 ss.
17. Rousseau, *Du contrat social*, libro II, cap. VI; trad. cast., *El contrato social*, a cargo de M.J. Villaverde, Madrid, 1988, libro II, cap. VI.
18. «En lugar de decir que se está ante una fuente, cuando se está (como consecuencia o efecto de ella) ante una norma del derecho objetivo», se afirma que «se está ante derecho objetivo cuando hay una fuente. Todo aquello que se disponga en las fuentes será entonces derecho [...]. Una invocación a la divinidad, una formula dedicatoria, una exposición de motivos, una declaración didascálica y exortativa, aún careciendo –en sí mismas– de cualquier carácter normativo, deben a pesar de ello (en virtud del acto que las contiene) ser consideradas "como si" fuesen otros tantos elementos del orden normativo» (V. Crisafulli, "Fonti del diritto", cit., 928-929).
19. Naturalmente, la disposición que expresa una norma de ese tipo puede asumir las formas más variadas: y no extrañamente la –simplísima– forma del art. 1, disp. prel. cod. civ. it., que establece que: «Son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) las costumbres». N. del T.: Cfr., en el mismo sentido, el art. 1.1 del Código Civil español, que establece que «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».
20. «Por escandaloso que esto pueda parecer, no se debe ir de las normas a las fuentes; sino que es necesario descender desde las fuentes [...] hasta las propias normas. Dado que no se dan –por definición– fuentes legales sin normas» (L. Paladin, "Saggio sulle fonti del diritto italiano", en *Quaderni costituzionali*, 1993, 227): es decir, que cualquier "cosa" que sea producida por un acto calificado como fuente constituye una norma.
21. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977; Id., "Fonti (sistema costituzionale delle)", en *Digesto*, IV ed. (Discipline pubblicistiche), VI, Torino, 1991. Cfr. también S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, cit., 274.
22. Debe observarse que, si se adopta esta noción de fuente, entonces, en el ordenamiento jurídico italiano, también las sentencias estimatorias del Tribunal constitucional son fuentes del derecho, ya que también ellas –igual que las leyes– despliegan, no una eficacia circunscrita al caso resuelto (como, pongamos,

las sentencias civiles) sino una eficacia general, *erga omnes*. Lo mismo debería decirse de toda decisión tomada por un órgano jurisdiccional administrativo (un tribunal administrativo regional, el Consejo de estado) que anule un reglamento. Cfr. A. Pizzorusso, "Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte constituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto", en *Politica del diritto*, 1987, 139 ss.

23. Por ejemplo, Crisafulli ("Fonti del diritto", cit.), después de haber dicho que «la idea de fuente, entendida correctamente, no puede ser separada de la idea de norma» (p. 927), concluye que «en el ámbito y según un ordenamiento dado, aquello que destaca de un modo decisivo no es [...] el contenido intrínsecamente normativo propio de los distintos hechos asumidos como fuentes, sino cómo el ordenamiento considerado valora esos hechos. [...] Las fuentes son, entonces, "hechos jurídicos", en tanto que hechos calificados por otras normas (de las que son hechos condicionantes) que les reconocen aptitud para crear derecho objetivo» (p. 932). Cfr. también, V. Crisafulli, "Atto normativo", cit., 252.

II

Norma: una noción controvertida

1. Introducción: el lenguaje prescriptivo en pocas palabras

En general, se llama "prescriptivo" a un discurso cuya función no sea la de formular y transmitir información y conocimientos, sino modificar, influenciar o dirigir el comportamiento de los hombres.

Una forma eficaz de caracterizar el lenguaje prescriptivo es contraponerlo al lenguaje descriptivo o, como también suele llamarse, cognoscitivo, indicativo.[1] La contraposición sirve para destacar mejor los aspectos peculiares de ambos discursos.

1) *El punto de vista pragmático.* El lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo se diferencian, en primer lugar, bajo un punto de vista pragmático, en el sentido de que describir y prescribir son acciones o actos –específicamente, actos del lenguaje– distintos. Hablar, en efecto, es actuar: emitir un enunciado es realizar un acto (no un acto cualquiera, evidentemente, sino un acto lingüístico, un acto del lenguaje).[2]

Debe advertirse que un mismo enunciado –por ejemplo: "El homicidio está penado con la reclusión"– puede ser usado indistintamente por un legislador, para realizar un acto lingüístico de prescripción, y por un jurista, para realizar un acto lingüístico de descripción (y quizás también para realizar muchos otros actos lingüísticos).

Debe observarse además, que el uso, descriptivo o prescriptivo, de un enunciado –su función, el acto lingüístico realizado– puede ser siempre explicitado reformulando o "traduciendo" el propio enunciado a la forma, que suele llamarse, "realizativa":[3]

"Yo constato (afirmo, asevero) que el homicidio está penado con reclusión", "Yo prescribo (mando) que el homicidio sea penado con reclusión".

En consecuencia, podría decirse lo siguiente: en último término, es prescriptivo un enunciado que sea usado para realizar un acto (lingüístico) de prescribir. O bien, es prescriptivo un enunciado que se preste a ser reformulado en la forma: "Yo prescribo que...".

(2) *El punto de vista sintáctico.* Bajo el punto de vista sintáctico, puede observarse que los enunciados del discurso descriptivo tienen, usualmente, forma indicativa ("Los asesinos son castigados"), en tanto que los enunciados del discurso prescriptivo tienen, no menos usualmente, forma imperativa ("¡Castigad a los asesinos!") o deóntica ("Los asesinos deben ser castigados"). Un enunciado se denomina deóntico si es formulado mediante el verbo auxiliar 'deber' o expresiones traducibles en términos de 'deber' ('obligación', 'obligatorio', 'prohibido', permitido', etcétera).

Hay que subrayar, de todos modos, que la forma sintáctica del enunciado es –por decirlo así– sólo un indicio, pero no una prueba concluyente, para decidir el carácter descriptivo o prescriptivo del lenguaje de que se trate. Esto es así al menos por dos razones.

Por un lado, el legislador emplea a menudo enunciados sintácticamente indicativos ("El homicidio está penado con la reclusión") de cuyo carácter prescriptivo, sin embargo, nadie duda. De modo que los enunciados indicativos no son, sólo por ello, descriptivos.

Por otro lado, los juristas emplean habitualmente enunciados sintácticamente deónticos ("El homicidio debe ser penado con la reclusión") con intención, sin embargo, de describir prescripciones legislativas preexistentes (al menos, eso se sostiene) y no de prescribir. De modo que los enunciados deónticos no son, sólo por ello, prescriptivos.

No hay, entonces, una correspondencia biunívoca entre la forma sintáctica de los enunciados y su función pragmática (descriptiva o prescriptiva).

3) *El punto de vista semántico.* Desde el punto de vista semántico, en fin, entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo hay una diferencia irreductible: mientras que se pueden atribuir valores de verdad a los enunciados descriptivos

(esto es, esos enunciados pueden ser verdaderos o falsos), no es en absoluto posible esa atribución a los enunciados prescriptivos. Esto es, de los enunciados prescriptivos no puede decirse sensatamente que sean verdaderos o falsos.[4]

Esto no significa, sin embargo, que los enunciados del discurso prescriptivo carezcan en absoluto de referencia semántica. Al contrario, también los enunciados prescriptivos –igual que los descriptivos– tienen que tener una referencia: deben, al menos, referirse a ciertos sujetos (a los que se dirige la prescripción) y a ciertos comportamientos (de los que se requiere la ejecución). De no ser así, no podría ni siquiera hablarse de obediencia o de violación de una prescripción. Así, por ejemplo, el enunciado (por hipótesis, emitido por un legislador y, por tanto, prescriptivo) "Todos los ciudadanos deben pagar impuestos" de un modo manifiesto se refiere a ciertos sujetos llamados "ciudadanos" y a un determinado comportamiento llamado "pago de los impuestos".

2. Tres dudas acerca de la noción de norma

Una vez aclarada, a grandes rasgos, la noción de discurso prescriptivo, se puede decir de forma muy general que el término 'norma' es habitualmente usado para hacer referencia a enunciados del discurso prescriptivo. Sin embargo, no puede decirse que la noción de norma sea pacífica.

En primer lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado únicamente para hacer referencia a prescripciones generales y/o abstractas o, en cambio, también en referencia a preceptos singulares y concretos.

En segundo lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado sólo para hacer referencia a prescripciones en sentido estricto (es decir, mandatos) o puede ser extendido a todo enunciado del discurso "legislativo".

En tercer lugar, es dudoso si el término 'norma' debe ser usado para hacer referencia a enunciados o, en cambio, a significados de enunciados.

3. Normas (generales) y preceptos (singulares)

1) El término 'norma' –al menos en su uso más común– es sinónimo de 'regla de conducta': éste no denota *cualquier* pres-

cripción, sino únicamente prescripciones generales (o impersonales) y abstractas, susceptibles de reiteradas observancias y ejecuciones (y, por ello, también de violaciones); prescripciones, en fin, que no regulan un supuesto de hecho singular sino *una clase* de supuestos de hecho (futuros).[5]

Debe añadirse a lo dicho que, según una tesis difundida,[6] toda norma jurídica es reconducible a la forma condicional o hipotética: "Si F, entonces G", donde el antecedente (o prótasis) se refiere a una clase de circunstancias fácticas y el consecuente (o apódosis) a una clase de consecuencias jurídicas (como el nacimiento de una obligación o de un derecho, la imposición de una sanción, la validez o la invalidez de un acto, etcétera).[7]

2) Sin embargo, especialmente en la literatura teórico-general, a veces se llaman "normas" no sólo a las prescripciones generales y/o abstractas, habitualmente (pero no necesariamente) contenidas en las leyes, sino también a las prescripciones singulares y concretas, contenidas en los fallos de sentencias, en actos administrativos o en cláusulas contractuales.[8]

Este modo de expresarse –que se puede reconducir en la "Teoría Pura del Derecho"–[9] está estrechamente vinculado a la tesis según la cual el derecho no sólo está constituido, precisamente, por normas generales y/o abstractas, sino también por prescripciones individuales y concretas, como las establecidas por los jueces mediante las sentencias, por la administración pública mediante actos administrativos o por las personas privadas mediante actos de autonomía.

Según esta tesis, no puede trazarse una distinción nítida entre producción y aplicación del derecho. Todo acto jurídico es, al mismo tiempo, tanto de *creación* de normas (generales o individuales, no importa), como de *aplicación* de normas. Así, por ejemplo, la legislación es obviamente creación de normas (generales), pero es también al mismo tiempo aplicación de normas y, especialmente, de normas constitucionales. La jurisdicción, a su vez, es tanto aplicación de normas (legislativas) como creación de normas individuales. Obviamente, constituyen excepciones: por un lado, los actos constituyentes y, por otro, los actos de mera ejecución. La creación de una constitución es producción de derecho y nada más: los actos constituyentes no aplican norma alguna, ya que no hay ninguna norma

superior a la constitución y preconstituida respecto de ella que pueda ser aplicada por los constituyentes. La mera ejecución (por ejemplo de una sanción) es aplicación del derecho y nada más: los actos de ejecución son actos materiales y, como tales, no crean norma alguna.

En fin, desde este punto de vista, también las sentencias y los actos administrativos se configuran como actos productores de derecho (aunque sea de normas individuales) y, por ello, como fuentes del derecho.

4. Normas y fragmentos de normas

1) Una "norma", en sentido estricto, es –como hemos dicho– una prescripción o regla de conducta. Una prescripción es un enunciado que califica un comportamiento como obligatorio (o, si se prefiere, debido). Se entiende que el comportamiento en cuestión puede ser tanto una acción como una omisión.

La norma que califica una acción como obligatoria se denomina 'mandato'. Por ejemplo: «Todos las decisiones judiciales deben ser motivadas» (art. 111.1, const. it.); «El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección» (art. 1175 cod. civ. it.). La obediencia a un mandato se llama 'ejecución'.

La norma que califica una omisión como obligatoria se denomina 'prohibición'. Por ejemplo: «El domicilio es inviolable» (art. 14.1, const it.); «Nadie puede ser apartado del juez natural preconstituido por la ley» (art. 25.1, const. it.): Naturalmente, una prohibición no es más que un mandato "negativo": un mandato de "no hacer". La obediencia a una prohibición se llama 'observancia'.[10]

2) No obstante, todo discurso legislativo está también repleto de enunciados que no son en absoluto prescripciones. Y, en el lenguaje común de los juristas, *todos* los enunciados del discurso legislativo son denominados "normas". Así pues, el vocablo 'norma' asume a veces un significado más amplio del que se ha examinado hasta aquí.

(2.1) Son normas, en sentido amplio, las autorizaciones. Se llama 'autorización' a todo enunciado que califica un comporta-

miento como permitido, facultativo o libre. Por ejemplo: «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas» (art. 17.1, const. it.); «Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley» (art. 1322.1, cod. civ. it.).[11]

Las autorizaciones son también denominadas 'normas permisivas'. No obstante, es conveniente observar que éstas se distinguen de las normas propiamente dichas (mandatos) bajo un aspecto importante: las autorizaciones, en efecto, no son susceptibles de obediencia ni de violación. Sólo pueden ser usadas o no. Quien realiza la acción permitida se vale de la autorización, pero no sería apropiado decir que le presta obediencia. Quien omite realizar la acción permitida no se vale de la autorización, pero no sería apropiado decir que la viola.

En los ordenamientos jurídicos, las autorizaciones son funcionalmente dependientes de los mandatos en un doble sentido y de un modo también doble.[12]

Por un lado, las autorizaciones desarrollan la función de derogar (implícita o explícitamente) mandatos preexistentes: al menos en aquellos ordenamientos en los que rige el principio "lex posterior derogat priori".

Por otro lado, las autorizaciones desarrollan la función de prevenir –de impedir o precluir– la creación de mandatos mediante fuentes del derecho subordinadas: al menos en aquellos ordenamientos en los que rige el principio "lex superior derogat inferiori".

(2.2) Son normas, en sentido amplísimo, todos aquellos enunciados legislativos –y son muchísimos– que no son mandatos ni autorizaciones. A modo de ejemplo pueden mencionarse (aunque la lista es obviamente incompleta) los siguientes:

a) los enunciados que confieren estatus («La mayoría de edad se obtiene al cumplimiento de los dieciocho años», art. 2.1, cod. civ. it.);[13]

b) los enunciados que definen términos del mismo lenguaje legislativo («El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial», art. 1321, cod. civ. it.; «En los artículos siguientes se usa, para hacer referencia a las regiones con estatuto ordinario, simplemente la palabra "región"», art. 3.2, D.P.R. 616/1977);[14]

c) los enunciados que confieren un significado –entre otros posibles– a enunciados legislativos precedentes (las llamadas normas interpretativas o de interpretación auténtica);[15]

d) los enunciados que circunscriben el ámbito de aplicación de las normas («La ley no regula más que el futuro: no tiene efectos retroactivos», art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.);

e) los enunciados que reenvían a otros enunciados normativos («Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regulan por la que fuera ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio», art. 19.1, disp. prel. cod. civ. it.);[16]

f) los enunciados que derogan normas preexistentes («Queda derogado el art. *x* de la ley *y*");[17] y así sucesivamente.

Según un punto de vista bastante difundido, todos estos enunciados no prescriptivos, presentes en el discurso legislativo, no son más que partes o *fragmentos de normas* y únicamente pueden ser usados en combinación con prescripciones o autorizaciones.[18]

Así, por ejemplo, el artículo 2.1, cod. civ. it., que fija la mayoría de edad en el cumplimiento de los dieciocho años, no es más que un fragmento de la autorización expresada por el art. 48.1, const. it., que confiere el sufragio activo a los ciudadanos mayores de edad,[19] así como también de todas las normas que vinculan al requisito de la mayoría de edad cualquier consecuencia jurídica. La definición de 'contrato' (art. 1321, cod. civ. it.) no es más que un fragmento de todas aquellas normas en las que aparece el término 'contrato'. Y así sucesivamente.

Ahora bien, debe observarse que casi todos estos fragmentos de normas, o "normas" en sentido amplísimo, se diferencian de las reglas de conducta en un aspecto especial, sobre el que conviene llamar la atención. Las reglas de conducta versan, obviamente, *sobre la conducta*. Gran parte de los fragmentos de normas, en cambio, no versan sobre la conducta sino *sobre (otras) normas.*[20]

Así, por ejemplo, las normas de interpretación auténtica tienen por objeto las normas auténticamente interpretadas; las normas que circunscriben el ámbito de aplicación de otras normas versan sobre las normas a cuyo ámbito de aplicación se refieren; las normas derogatorias tienen por objeto las normas derogadas; etcétera.

En general, se denominan "metanormas", "normas sobre normas", "normas secundarias" o "normas de segundo grado" a

todas aquellas normas que hacen referencia a otras normas: todas aquellas normas en cuya formulación aparece (o está sobreentendido) el nombre de una o más disposiciones, de una fuente o de una clase de fuentes.[21]

5. Normas constitutivas

En la literatura reciente, los fragmentos de normas (o al menos gran parte de ellos) son a menudo tratados bajo la rúbrica de las "normas constitutivas".[22] En realidad, se ha usado la expresión 'normas constitutivas' en más de un sentido;[23] en este punto es conveniente dar cuenta de sus dos sentidos principales:

A) Algunos llaman 'constitutivas' a todas las normas que no prescriben hacer (u omitir) algo, sino que realizan directamente el efecto pretendido.[24]

Ejemplo paradigmático: las normas derogatorias, que, evidentemente, no prescriben que tenga lugar una derogación (ni, obviamente, describen una derogación ya ocurrida), sino que producen inmediatamente (son por sí mismas condición suficiente de) la derogación de las normas a las que se refieren.

Las normas constitutivas, así entendidas, se diferencian radicalmente de las reglas de conducta, entre otras cosas, por el hecho de que, no siendo prescripciones, no toleran formulaciones deónticas, están privadas de destinatarios y, como tales, no requieren obediencia ni admiten violación.

B) Otros llaman 'constitutivas' a todas las normas que establecen condiciones (según los casos: necesarias, suficientes o necesarias y suficientes) de algo.[25]

Por ejemplo: el art. 602.1, cod. civ. it. («El testamento ológrafo debe ser completamente escrito, fechado y firmado de mano del testador») establece una serie de condiciones necesarias de validez del testamento ológrafo; el art. 70, const. it. («La función legislativa es ejercitada colectivamente por las dos Cámaras) establece una condición necesaria de validez –o mejor, de "existencia" jurídica– de la ley formal; el art. 59.1, const. it. («Es senador vitalicio por derecho, salvo renuncia,

quien haya sido Presidente de la República») establece una condición suficiente para la adquisición del título de senador vitalicio; el art. 1.1, cod. civ. it. («La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento») establece una condición necesaria y suficiente para la adquisición de la capacidad jurídica; etcétera.[26]

6. Enunciados y significados

Finalmente, el vocablo 'norma' es usado de forma extendida –en el lenguaje doctrinal, judicial y legislativo– para hacer referencia a dos objetos radicalmente distintos.

1) Unas veces se denomina 'norma' a un enunciado legislativo (o, más en general, a un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente del derecho).

2) Otras, se denomina 'norma' al contenido de significado de un enunciado legislativo, tal como resulta de su interpretación.

Tomemos como ejemplo dos expresiones recurrentes en los discursos de los juristas y de los jueces: 'interpretación de normas' y 'aplicación de normas'. Manifiestamente, el vocablo 'norma' no tiene el mismo significado en la primera y en la segunda expresión. Cuando se habla de 'interpretación de normas', el vocablo 'norma' designa un enunciado del discurso legislativo, ya que la interpretación es una actividad que se realiza sobre los textos. En cambio, cuando se habla de 'aplicación de normas', el mismo vocablo 'norma' se refiere al contenido de significado de un enunciado legislativo, determinado precisamente mediante interpretación, desde el momento en que ningún texto normativo puede ser aplicado sino después de haberlo interpretado.

A pesar de que el uso común no recoja la distinción, conviene trazar una clara línea de demarcación entre los textos normativos y sus contenidos de significado, introduciendo una terminología *ad hoc*.

a) Podemos llamar 'disposición' a todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho.

b) Podemos llamar 'norma' (no a la misma disposición sino) a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la *interpretación*.

En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.[27]

7. La disociación entre disposiciones y normas

En muchos contextos, la distinción entre disposiciones y normas es irrelevante y puede ser ignorada sin causar problemas. Pero en otros contextos esa distinción reviste una importancia fundamental: es un instrumento conceptual indispensable ya sea para clarificar la naturaleza de la actividad interpretativa, ya sea para esclarecer fenómenos tales como la derogación tácita, la derogación indeterminada, los diversos tipos de vicios de las leyes, las decisiones interpretativas y manipulativas del Tribunal constitucional, etcétera.[28]

En estos contextos la distinción entre disposición y norma se hace necesaria por el hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca. Ello por muchas razones.

1) *Disposiciones complejas*. En primer lugar, muchas disposiciones –quizás, todas las disposiciones– tienen un contenido significativo complejo: no expresan una norma sino una multiplicidad de normas conjuntas. En ese sentido, a una sola disposición corresponden diversas normas conjuntamente.

Así, por ejemplo, la disposición del art. 1417, cod. civ. it. («La prueba testifical de la simulación es admisible sin límites, si la petición se realiza por acreedores o terceros y, en el supuesto de que esté dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, también a propuesta de las partes») expresa al menos tres, si no cuatro, normas distintas: *a*) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por acreedores; *b*) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por terceros;

c) la prueba testifical es admisible si la petición es realizada por las partes y está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado; *d*) la prueba testifical no es admisible si la petición es realizada por las partes pero no está dirigida a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado.

Otro ejemplo: el art. 25.2, const. it., «Nadie puede ser castigado si no está previsto en una ley que haya entrado en vigor de forma previa al hecho cometido», expresa –al mismo tiempo– *a*) el principio de la reserva absoluta de ley en materia penal (sólo la ley estatal puede establecer los delitos y las penas) y *b*) el principio de la irretroactividad de la ley penal (la ley penal no puede regular más que las acciones futuras).

2) *Disposiciones ambiguas*. En segundo lugar, toda disposición es (más o menos) vaga y ambigua, de forma que tolera diversas y conflictivas atribuciones de significado. En ese sentido, a una disposición –a toda disposición– no corresponde una única norma sino una multiplicidad de normas disyuntas. Una única disposición expresa diversas normas disyuntivamente: una u otra norma, en función de las distintas interpretaciones posibles.

Este punto es suficientemente obvio para no necesitar ejemplos. Este tipo de disociación entre disposiciones y normas se manifiesta en toda controversia interpretativa. Pueden encontrarse buenos ejemplos en cualquier sentencia interpretativa desestimatoria del Tribunal constitucional.

De todos modos, he aquí un simple ejemplo concreto. El art. 59.2, const. it., «El Presidente de la República puede nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos, etcétera» puede ser entendido: *a*) en el sentido de que en todo momento puede haber cinco, y no más de cinco, senadores de nombramiento presidencial; *b*) en el sentido de que todo nuevo Presidente puede nombrar cinco senadores, independientemente del número de senadores aún en vida eventualmente nombrados por sus predecesores.

3) *Disposiciones redundantes*. En tercer lugar, puede suceder (aunque sea poco habitual) que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas, que una sea una mera repetición de otra: en esos casos, a dos disposiciones corresponde una única norma.

Un ejemplo escogido aleatoriamente: según una interpretación razonable, el art. 8 de la ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, «La Región ejercita la potestad legislativa sobre las mate-

rias y con los límites establecidos en la Constitución y según las normas de su propio Estatuto», no hace más que repetir una serie de normas ya expresadas en diversas disposiciones constitucionales (arts. 117, 120, 123 const. it.).

También puede suceder (y esto es más frecuente) que dos disposiciones no sean perfectamente sino parcialmente sinónimas, en el sentido de que expresan dos conjuntos de normas que en parte se superponen; que cada una de ellas expresa una pluralidad de normas, tal que una o más normas expresadas por la primera disposición son también expresadas (redundantemente) por la segunda.

Por ejemplo, puede sostenerse que la norma según la cual los reglamentos del ejecutivo están subordinados jerárquicamente a la ley (la conformidad con la ley es condición de validez de los reglamentos) es expresada –conjuntamente con otras normas– tanto por el art. 4.1, disp. prel. cod. civ. it. y por el art. 5 de la ley de 20 de marzo de 1865, all. E, sobre el contencioso administrativo, como por el art. 77.1, const. it.

4) *Normas sin disposición*. En cuarto lugar, según una opinión (discutible pero) absolutamente pacífica entre los juristas, el sistema jurídico no consta únicamente de las normas que pueden extraerse, mediante la interpretación, de las disposiciones contenidas en las fuentes: está también repleto de otras normas privadas de disposición. Haciendo abstracción de las normas de fuente consuetudinaria, una norma está privada de disposición cuando no puede ser identificada como significado de un preciso enunciado de las fuentes.

Por otra parte, puede hablarse de normas sin disposición en dos sentidos distintos.

a) En sentido débil, una norma está privada de disposición cuando no es obtenida de una única disposición, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí. Por ejemplo, la norma según la cual son electores todos los ciudadanos que hayan cumplido los dieciocho años es el resultado de la combinación de dos disposiciones: el art. 48.1, const. it. («Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad») y el art. 2.1, cod. civ. it. («La mayoría de edad se establece en el cumplimiento del decimoctavo año»).

b) En sentido fuerte, una norma está privada de disposición cuando es una norma implícita: esto es, una norma que no pue-

de ser obtenida mediante interpretación de ninguna disposición específica ni de una combinación de disposiciones presente en las fuentes. Una norma implícita, habitualmente, es obtenida de otra norma expresa (por ejemplo, mediante analogía), del ordenamiento jurídico en su conjunto o de algún subconjunto de normas unitariamente considerado (el sistema del derecho civil, el sistema del derecho administrativo, etcétera) mediante complejas argumentaciones.

En ese sentido, es típico el ejemplo de gran parte de los llamados "principios generales" del ordenamiento jurídico (art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it.) como el principio de tutela de la buena fe, el principio de razonabilidad, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio *in dubio pro operario* en derecho laboral, y así sucesivamente.

Implícitos son también muchos de los "principios fundamentales" (art. 117, const. it.) de una u otra materia otorgada a la competencia legislativa de las regiones: al menos, son implícitos aquellos relativos a materias para las que no haya sido adoptada la correspondiente ley-marco (véase al respecto el art. 9.1, de la ley de 10 de febrero de 1953, n. 62, modificado por el art. 17, último párrafo, de la ley de 16 de mayo de 1970, n. 281).

Notas

1. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, parte I, cap. III; trad. cast., *Teoría general del derecho*, a cargo de E. Rozo Acuña, Madrid, 1991, I parte, cap. III; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., Milano, 1985; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, parte II; A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968; trad. cast., *Lógica de las normas*, a cargo de J.S.P. Hierro, Madrid, 1971; S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, III ed., Genova, 1981; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, parte I.
2. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962; trad. cast., *Cómo hacer cosas con palabras*, a cargo de G.R. Carrió, E.A. Rabossi, Barcelona, 1990; J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969; trad. cast., *Actos de habla. Un ensayo de filosofía del lenguaje*, a cargo de L.M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990.
3. En este contexto, llamo "realizativo" a todo enunciado en cuya formulación se haga patente el acto lingüístico realizado mediante la emisión del mismo. Por ejemplo, se hace patente que se está realizando un acto de mandato diciendo: "Yo mando que los ladrones sean castigados" (en lugar de, pongamos, "Los la-

drones deben ser castigados"). Cfr. J.L. Austin, "Emisiones realizativas" en L.M. Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid, 1991; A. Ross, "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas", en Id., *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F., 1993; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, cap. I.

4. Esta tesis es a veces discutida por filósofos del derecho de orientación iusnaturalista. Cfr., por ejemplo, G. Kalinowski, *Le problème de la verité en morale et en droit*, Lyon, 1967; Id., *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Paris, 1969; M. Villey, "Le droit dans les choses", en P. Amselek, C. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989.
5. N. Bobbio, "Norma giuridica", en *Novissimo digesto italiano*, XI, Torino, 1964, 330 ss.; Id., "Norma", en *Enciclopedia [Einaudi]*, IX, Torino, 1980, 876 ss.; Id., "Per una classificazione delle norme giuridiche", en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; V. Crisafulli, "Atto normativo", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 238 ss.; Id., "Disposizione (e norma)", cit.; Id., "Fonti del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 925 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative, la Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984, cap. I, § 1; L. Ferrajoli, *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Milano, 1970, cap. III.
6. Esta idea es recurrente en la obra de H. Kelsen. Cfr. también C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, II ed. London, 1982.
7. Un enunciado sintácticamente condicional es un enunciado de la forma: "Si ..., entonces ...". Se llama prótasis la parte del enunciado que formula la condición ("Si ..."); se llama apódosis la parte que formula la consecuencia ("entonces ..."). Muchas normas jurídicas –aunque sea con una variedad de formulaciones ("si", "siempre que", "cuando", "a condición de que", etcétera)– presentan una estructura sintáctica condicional. Por ejemplo, «Si el ofertante se ha obligado a mantener firme la oferta por un cierto tiempo, la revocación no tendrá efectos» (art. 1329.1, cod. civ. it.); «Siempre que el proponente requiera para la aceptación una forma determinada, la aceptación no tendrá efecto si se realiza en una forma diversa» (art. 1326.4, cod. civ. it.); «Si no se ha fijado un plazo para la aceptación, éste puede ser establecido por el juez» (art. 1331.2, cod. civ. it.); «Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando aquélla les perjudique sus derechos» (art. 1415.2, cod. civ. it.); etcétera. Pero, de hecho, no todas las normas exhiben esa estructura. No obstante, según una tesis bastante difundida, todas (o al menos casi todas) las normas están provistas de una estructura condicional latente. En otras palabras: también las normas que no están formuladas mediante enunciados sintácticamente condicionales pueden ser reformuladas últilmente –reconstruidas por el intérprete– en forma condicional. Por ejemplo, *prima facie* no es condicional la norma «La mayoría de edad se obtiene al cumplimiento de los dieciocho años» (art. 2.1, cod. civ. it.); sin embargo, puede sostenerse que incorpora una estructura condicional oculta del tipo: "Si un sujeto ha cumplido los dieciocho años, entonces es mayor de edad". No es condicional la estructura manifiesta de la norma «Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas» (art. 17.1, const. it.); sin embargo, podría ser reformulada en forma condicional más o menos así: "Si alguien es ciudadano, entonces tiene el derecho constitucional de reunión", o "Si una reunión de ciudadanos es pacífica y sin armas, entonces es libre". Desde

este punto de vista, toda norma –o al menos la mayor parte de las normas– puede ser analizada en dos componentes: (a) la prótasis, que establece una circunstancia o (como sucede a menudo) un conjunto de circunstancias condicionantes; (b) la apódosis, que establece una consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser: la adquisición o el ejercicio de una posición jurídica subjetiva (un derecho, un poder, etcétera), la validez de un acto, la imposición de una sanción, etcétera. La circunstancia, cuya verificación es condición de una consecuencia jurídica, se llama "supuesto de hecho".

8. Habitualmente, cuando se habla, en teoría del derecho, de "normas" individuales o singulares, se piensa en los fallos de las sentencias o en actos administrativos, como si las leyes tuviesen siempre un contenido general y/o abstracto. Pero naturalmente no es así. El fenómeno (muy difundido) de las leyes singulares, de contenido individual y concreto, de las leyes meramente formales y similares ha sido ampliamente estudiado por la doctrina constitucional. Cfr. por ejemplo, C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; L. Paladin, "La legge come norma e come provvedimento", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 871 ss.; Id., "Ciò che rimane del concetto di legge meramente formale", en *Scritti in onore di Mario Udina*, vol. II, Milano, 1975; F. Modugno, "Legge in generale", en *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 872 ss., espec. 888 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, III ed., Genova, 1991, 40 ss.
9. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (mass.), 1945; trad. cast., *Teoría general del derecho y del Estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988; Id., *Teoría pura del derecho* (1960), México D.F., 1986; Id., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, 1992; trad. cast., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), México D.F., 1979.
10. A menudo (pero no necesariamente), en el discurso legislativo las normas de conducta se acompañan de otras normas (llamadas "secundarias") que establecen una sanción para el caso de que las reglas de conducta sean violadas. Pues bien, según un determinado punto de vista, las reglas de conducta estarían lógicamente implícitas en las normas sancionadoras. Por ello, en rigor, la formulación de reglas de conducta sería redundante. Esta tesis en recurrente en la obra de Kelsen.
11. Sobre las funciones de los mandatos y, respectivamente, de las autorizaciones en los ordenamientos jurídicos, vid.: U. Scarpelli, "Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi" en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963 (ahora en U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 221 ss.); C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Permission and Permissive Norms", en W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, A. Schramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburstag*, Berlin, 1984; trad. cast., "Permisos y normas permisivas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; E. Bulygin, "Permissive Norms and Normative Systems", en A.A. Martino, F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, Amsterdam, 1986.
12. Cfr. N. Bobbio, "Norma giuridica", cit., espec. 332; E. Bulygin, "Permissive Norms and Normative Systems", cit.; R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989, cap. VIII.
13. Respecto a dichos enunciados se puede extender el análisis de A. Ross, *Tû-Tû* (1951), Buenos Aires, 1976.
14. Cfr. A. Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, cap. IV.

15. Cfr. G. Gavazzi, "Sulla interpretazione autentica della legge", en *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano, 1955, 151 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. V.
16. Una norma "reenvia" a una disposición (o a una fuente) siempre que no disciplina directamente el caso al que se refiere sino que indica a los órganos aplicadores en qué otra disposición (o fuente) debe buscarse esa regulación. (a) El reenvio se denomina "recepticio" o "material" cuando tiene por objeto una disposición determinada (o un grupo determinado de disposiciones): por ejemplo, al artículo tal de aquella ley. (b) El reenvio se denomina "móvil" o "formal" cuanto tiene por objeto un tipo de fuente: según los casos, una fuente del mismo ordenamiento (por ejemplo, la fuente "ley ordinaria del Estado", la fuente "decreto ministerial", etcétera) o también, como sucede a menudo en las normas de derecho internacional privado, una fuente perteneciente a un ordenamiento diferente.
17. H. Kelsen, "Derogación" (1962), trad. cast. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), 1979; C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibatito analitico*, Milano, 1987; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. XXII; J. Aguiló Regla, "Abrogazione. Progetto per una voce d'enciclopedia", en *Analisi e diritto*, 1994; J. Aguiló Regla, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México D.F., 1995.
18. Este punto de vista es recurrente en las obras de H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, cit.; trad. cast., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit.; *Teoría Pura del Derecho*, cit. Cfr. también A. Ross, *Directives and Norms*, cit., cap. V; trad. cast., *Lógica de las normas*, cit., cap. V; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, cit., 18 ss.; Id., *Dalle fonti alle norme*, cit., 25 ss., 48 s.
19. Obsérvese que el art. 48.1, const. it. es, a su vez, completado por el art. 2, cod. civ. it. (como también por las normas que confieren la ciudadanía): de modo que, en un sentido, también el art. 48.1, const. it. es un "fragmento de norma" o, en cualquier caso, una norma incompleta. En general, es incompleta toda norma que contenga un término que reenvie a otra norma o que presuponga la interpretación de otras normas.
20. Cfr. por ejemplo, T. Mazzarese, "Metanorme e linguaggio deontico. Un'analisi logica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982; Id. "Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi normativi*, Torino, 1996.
21. Por ejemplo: "Queda derogada la disposición D de la ley L" (una disposición de este tipo expresa, obviamente, una norma derogatoria); "El término 'T' [que aparece en las disposiciones D1, D2 y D3] debe ser entendido en el sentido S" (es ésta la estructura profunda de las definiciones legislativas); "La disposición D debe ser interpretada en el sentido N" (una disposición así expresa una norma interpretativa auténtica); "Todo aquél que viole la disposición D será castigado con la sanción P" (ésta es la estructura profunda de las disposiciones que expresan normas sancionadoras); "Son de aplicación al caso F las normas de la ley L" (una disposición de este tipo expresa una norma de reenvio); "La materia [o clase de supuestos de hecho] M sólo puede ser regulada por la fuente F" (ésta es la estructura profunda de toda disposición que exprese una reserva de competencia normativa a favor de una determinada fuente); "La materia M será regulada por la fuente F" (una disposición de este tipo expresa ciertamente una norma de reenvio, pero puede expresar también una norma de reserva); etcétera.

Conviene advertir, por otra parte, que en la literatura es habitual extender el uso del nombre 'metanorma' para referirse también a las normas que no versan propiamente sobre normas sino, más bien, sobre actos normativos y/o sobre actos de aplicación del derecho.

22. En la literatura reciente, la locución 'norma (o regla) constitutiva' ha sido difundida principalmente por J.R. Searle, "How to derive 'ought' from 'is'" (1964); J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit.; trad. cast., *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, cit. En el léxico de Searle, la locución en exámen asume un significado distinto de aquéllos de los que se da cuenta en el texto.

Según Searle, pueden distinguirse dos tipos de normas o reglas: normas "regulativas" (o "precriptivas") y normas "constitutivas". Tanto unas como otras se caracterizan por su distinta relación con los hechos. (1) Son regulativas aquellas normas que disciplinan "hechos", por ejemplo, comportamientos humanos, preexistentes a las propias normas e independientes de éstas. Estos hechos son llamados "hechos brutos". Por ejemplo, toda norma de derecho penal es puramente regulativa: matar, robar y hechos similares son comportamientos perfectamente posibles independientemente de las normas que los prohiben (de otro modo, la misma prohibición no tendría sentido). (2) En cambio, son constitutivas aquellas normas que no se limitan simplemente a regular, sino que "crean" o "definen" nuevas formas de comportamiento, haciéndolo posible. Tales formas de comportamiento, cuya existencia depende de normas constitutivas, son llamadas "hechos institucionales". Por ejemplo, las normas jurídicas que dan vida a "instituciones" como la promesa, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción o la legislación no son más que normas constitutivas. Searle sostiene que la formulación lingüística típica de ese tipo de normas es la siguiente: "x tiene valor de y en el contexto c". En esa fórmula, "x" denota un hecho, mientras "y" denota el valor que le confiere la norma. Por ejemplo: "Un determinado acto tiene valor de legislación en ciertas circunstacias" (obsérvese que las normas constitutivas no se prestan a ser formuladas mediante enunciados deónticos). "Legislar" no sería legislar en ausencia de aquellas normas que confieren a un cierto comportamiento humano el sentido (el valor) de "legislación". Sin esas normas, quizás, el propio vocablo 'legislar' no tendría ningún sentido. Lo mismo puede decirse de 'juzgar (en sede jurisdiccional)', 'prometer' o 'jugar al ajedrez'. Las normas constitutivas presentan una relación muy peculiar con los "hechos". Por un lado, dichas normas se refieren, obviamente, a hechos "brutos", ya que en última instancia, no hay otra cosa que pueda constituir el objeto de una norma. Por otro lado, tienen que ver con hechos "institucionales", ya que confieren a un hecho bruto un nuevo sentido normativo (o institucional). Así, resulta simplemente imposible describir esos hechos sin hacer referencia (o, al menos, sin presuponer y usar) las normas que los constituyen. Se puede hablar de un "acuerdo" entre dos personas sin mencionar norma alguna; pero no se puede hablar de "matrimonio" o de "compraventa" sin hacer referencia a las normas que atribuyen a ciertos acuerdos entre las personas el valor de "matrimonio" o de "compraventa". Se puede hablar de un "mandato" sin hacer referencia a norma jurídica alguna, pero no se puede hablar de "legislación" haciendo abstracción de aquellas normas constitucionales que confieren a ciertas personas el poder (la competencia) de pronunciar mandatos provistos de valor de "ley". Sobre estos temas ha vuelto repetidamente A.G. Conte, del que puede verse, por ejemplo, "Regole eidetico-costitutive", en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985, 26 ss.

23. Vid. indicaciones bibliográficas en R. Guastini, "Teorie delle regole costitutive", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983, 548 ss.; trad. cast., "Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra", a cargo de G. del Favero, en *Revista de Ciencias Sociales*, 25/I, 1984; Id. "Six Concepts of 'Constitutive Rules'", en *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986.
24. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, edición provisoria, Milano, 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979; Id. "Le regole del Circolo Pickwick (Un modello per la teoria del diritto)", en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985; Id. *Lezioni di filosofia del diritto. Norme giuridiche e valori etici*, Lezioni a.a. 1991-92, Roma, 1992.
25. A.G. Conte, "Regola costitutiva, condizione, antinomia", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983; Id., "Materiali per una tipologia delle regole", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985; G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, 1988 (del que se toman casi todos los ejemplos que siguen).
26. Hay quien sostiene que todo el derecho puede ser configurado como una "realidad institucional", o bien como un conjunto de instituciones, como el contrato, el matrimonio, la propiedad, la jurisdicción, y así sucesivamente. Desde este punto de vista, todas las normas jurídicas son, en algún sentido, "constitutivas". Y, en el ámbito de las normas jurídicas, pueden distinguirse: (a) normas "institutivas", que establecen la forma en que una institución puede adquirir existencia (por ejemplo, las normas que establecen el modo de contraer matrimonio); (b) normas "consecuenciales", que conectan una serie de consecuencias jurídicas a esas instituciones (por ejemplo, las normas que establecen las obligaciones de los cónyuges); (c) normas "terminativas", que establecen las condiciones en cuya presencia la institución se extingue (por ejemplo, las normas que regulan el divorcio). Cfr. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht-Boston, 1986.
27. Conviene subrayar que muchas de las metanormas, de las que hemos hablado anteriormente, a veces no tienen como objeto propiamente (otras) normas, sino más bien disposiciones. Ese es el caso, por ejemplo, de las normas de interpretación auténtica, de las normas de derogación expresa determinada, etcétera. Cfr. R. Guastini, "Intorno all'uso di 'norma' nel linguaggio giuridico" en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985, 47-54; Id. "In tema di abrogazione", en C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, cit.
28. Véase al respecto R. Guastini, *Dalla fonti alle norme*, cit., espec. Introducción, parte II y parte III (todo el libro –podría decirse– es una larga serie de variaciones sobre este tema).

III

Obligación

1. Lenguaje normativo

(1.1) *'Obligación' y 'deber'*. Los sustantivos 'obligación' y 'deber' pueden ser considerados prácticamente sinónimos en lengua española*[1]. Esto significa que, en general, todo enunciado (es decir, toda expresión significativa de forma sintácticamente completa) de la lengua española en el que figure el término 'obligación' podría ser reformulado en términos de 'deber' sin pérdida de significado. Decir 'Tengo la obligación de realizar el acto x' no es distinto de decir 'Tengo el deber de realizar el acto x'. En otras palabras, puede decirse que los dos términos expresan un único y mismo concepto.

(1.2) *'Obligación' como indicio de uso normativo del lenguaje*. Hay, en toda lengua natural (la española, la francesa, etcétera), términos, sintagmas y construcciones verbales que tienen su uso típico, aunque no exclusivo, en el marco de enunciados normativos. Un enunciado es una expresión en un lenguaje de forma sintácticamente completa y dotada de significado. Un enunciado normativo es un enunciado con el que se pretende dirigir, orientar, guiar, modificar el comportamiento de los hombres. Esos términos, sintagmas y construcciones verbales pueden considerarse "pistas" o indicios de uso normativo del lenguaje. En el sentido de que los enunciados en los que aparecen aquellas expresiones pueden ser usados e interpretados en sentido normativo, es decir, expresando normas.

En lengua española, los indicios de uso normativo del lenguaje son, entre otros: la forma imperativa; el verbo y el sustantivo 'deber'; el verbo y el sustantivo 'poder'; los adjetivos 'debido', 'obligatorio', 'prohibido', 'permitido', 'facultativo'; y

naturalmente, por último pero no menos importante, el sustantivo 'obligación'. Aquellos enunciados que son formulados mediante el verbo auxiliar 'deber' o que, en todo caso, son traducibles en términos de 'deber', se llaman 'deónticos'. También pertenecen, obviamente, a la clase de los enunciados deónticos aquellos que se expresan en términos de 'obligación'. El enunciado 'Tú tienes la obligación de comportarte de este modo' es evidentemente sinónimo del enunciado 'Tú debes comportarte de este modo'.

Por otra parte, si bien es cierto que el término 'obligación' tiene su uso típico en la formulación de normas, conviene subrayar que no hay una correspondencia biunívoca entre las normas y los enunciados en términos de 'obligación'.

(1.2.1) *Usos no normativos de 'obligación'*. Un enunciado deóntico (por ejemplo, 'El juez tiene la obligación de castigar a los ladrones') no necesariamente expresa una norma. Al contrario, puede encontrarse en la literatura una distinción entre cuatro posibles usos de un enunciado deóntico.

En primer lugar, el enunciado en cuestión puede ser usado, obviamente, para expresar una norma: para ordenar al juez castigar a los ladrones. Los enunciados deónticos son usados, típicamente, en esta forma por los legisladores.

En segundo lugar, el enunciado en cuestión puede ser usado, iteradamente, para confirmar o repetir una norma, manifestando la propia aceptación. Probablemente, es de esta forma que los jueces usan a veces enunciados deónticos ya formulados por el legislador, repitiendo las palabras de la ley mientras se disponen a aplicarla.

En tercer lugar, el enunciado en cuestión puede ser usado para describir una norma, esto es, para informar que "existe" –en algún sentido de esta equívoca palabra– la norma que obliga al juez a castigar a los ladrones. Según algunos, éste es el significado de los enunciados deónticos cuando son usados por los juristas, al menos en el contexto de las obras académicas.

En cuarto lugar, el enunciado en cuestión puede ser usado para conjeturar que "existe" una norma como forma de explicar, por ejemplo, la conducta repetida y constatada de los jueces de un determinado país respecto de los ladrones. Es así, quizás, como los enunciados deónticos son usados, a veces, por los sociólogos empíricos del derecho o por los antropólogos.

(1.2.2) *Enunciados normativos no deónticos*. Además, una norma no es expresada o expresable necesariamente mediante un enunciado deóntico. Es más, puede observarse, por ejemplo, que el discurso legislativo –cuyo significado normativo no está en discusión– raramente es formulado en forma deóntica.

En primer lugar, hay, en todo discurso legislativo empírico, enunciados que evidentemente expresan mandatos y que, sin embargo, tienen forma indicativa, como si quisieran expresar aserciones. Por ejemplo, los legisladores raramente dicen "El homicidio debe ser castigado con reclusión"; muy a menudo dicen "El homicidio es (o será) castigado con reclusión". En estos casos, estamos ante enunciados que no son deónticos, pero que podrían serlo, es decir, que podrían ser transcritos en forma deóntica.

En segundo lugar, hay, en todo discurso legislativo empírico, enunciados que no son deónticos y ni siquiera admiten una transcripción en forma deóntica (ya que no expresan mandatos). Baste el único, pero por otra parte paradigmático, ejemplo de las disposiciones derogatorias, del tipo: "Queda derogado el artículo x de la ley y". Esas disposiciones no admitirían ser reformuladas en forma deóntica (por ejemplo, "Debe ser derogado el artículo x de la ley y") ya que no pretenden obligar a que una derogación tenga lugar (ni tampoco, por supuesto, describir una derogación ya realizada), sino producir directamente su propio efecto: la derogación.

(1.3) *Obligación vs. necesidad*. Para comenzar a esclarecer el concepto de obligación es conveniente disipar un posible equívoco. No es infrecuente encontrar asociada, más o menos estrechamente, la noción de obligación a la de necesidad. Incluso es posible encontrarse con torpes tentativas, muy frecuentes en obras jurídicas, de precisar el significado de 'obligación' recurriendo al concepto de necesidad. En cambio, debe subrayarse con énfasis que ambos términos no son en modo alguno interdefinibles.

Como ya se ha dicho, 'obligación' es, típicamente, un término del lenguaje normativo (o también: prescriptivo, directivo, preceptivo, imperativo). Esto significa que 'obligación' es, en lengua española, un instrumento lingüístico típico para formular normas o hablar de normas. Un enunciado en términos de 'obligación', que constituya la formulación de una norma, no está provisto de los valores lógicos de verdad o falsedad (esto es, no puede ser calificado como verdadero o falso). Por otro la-

do, un enunciado en términos de 'obligación', que no constituya la expresión sino la descripción de una norma, sí puede ser calificado como verdadero o falso, pero de todos modos es, según algunos autores, un enunciado no-empírico (esto es, no versa sobre hechos sino, precisamente, sobre una norma).

El término 'necesidad', en cambio, pertenece al discurso cognoscitivo (o también: descriptivo, cognitivo, asertivo, indicativo), y sólo a él. Un enunciado formulado en términos de 'necesidad' no es idóneo para expresar una norma ni para describirla. El término 'necesidad' alude, en efecto, a una conexión causa-efecto o condición-consecuencia. Los enunciados en términos de 'necesidad' tienen la propiedad de ser verdaderos o falsos y son enunciados puramente fácticos (esto es, versan sobre hechos, no sobre normas).

(1.3.1) *Dos usos del verbo 'deber'*. El equívoco señalado en el párrafo precedente está estrechamente vinculado al hecho de que tanto los enunciados en términos de 'obligación' como aquellos en términos de 'necesidad' permiten su reformulación mediante el verbo auxiliar 'deber'. Por ejemplo: 'Tú tienes la obligación de actuar de este modo' = 'Tú debes actuar de este modo"; 'Tengo la necesidad de hacer esto' = 'Debo hacer esto'. Al menos, en lengua española (no así en otras lenguas), el verbo 'deber' se presta precisamente a dos usos radicalmente diferentes y los enunciados en términos de 'deber' son, por tanto, equívocos.

Hay contextos en los cuales el verbo 'deber' (inglés: *ought*; alemán: *sollen*) es portador de sentido normativo o prescriptivo: esto es, sirve para expresar una norma. En otros contextos, en cambio, el mismo verbo 'deber' (inglés: *must*; alemán: *müssen*) sirve para expresar otra cosa muy distinta: una proposición empírica, del discurso cognoscitivo, sobre un nexo causal o condicional.

Lo anterior se refleja en los dos ejemplos siguientes. Es perfectamente apropiado traducir el enunciado (deóntico) 'No debes matar' por este otro enunciado (siempre deóntico) 'Tienes la obligación de no matar'. Pero sería absolutamente inapropiado traducir el enunciado (alético) 'Debes abrir el paraguas para no mojarte' por el enunciado (deóntico) 'Tienes la obligación de abrir el paraguas ...'; la traducción correcta es, intuitivamente, esta otra: 'Es necesario que tú abras el paraguas ...'. Y viceversa, 'No debes matar' no puede traducirse por 'Es necesario que tú no mates', sin perder el significado normativo del enunciado originario.

(1.3.2) *Normas en sentido estricto vs. reglas técnicas*. La cadena de distinciones introducida en los dos párrafos que preceden sugiere y bosqueja una distinción ulterior. En sentido genérico, podemos decir, si queremos, que todo enunciado en el que aparezca el verbo 'deber' expresa o describe una 'norma'. Pero, si se mira atentamente, parece claro que una forma tal de expresarse oculta una distinción donde precisamente parece oportuno ponerla en evidencia.

Los enunciados en los que el verbo 'deber' puede ser sustituido con éxito por el sustantivo 'obligación' (o también el adjetivo 'obligatorio') expresan o describen, según los casos, normas en sentido estricto: es decir, mandatos (no vale la pena distinguir en este punto entre normas generales y abstractas y, respectivamente, preceptos individuales y concretos, como sí se hace para otros fines).

En cambio, los enunciados en los que el verbo 'deber' puede ser sustituido por el sustantivo 'necesidad' (o por el adjetivo 'necesario') expresan normas –quizás mejor, reglas– técnicas. Una regla técnica es, precisamente, un enunciado que describe, o al menos presupone, una conexión causal o condicional. Se trata, si se quiere decir así, de un enunciado que hace referencia a un nexo entre medios y fines, sin por ello prescribir (en sentido propio) la persecución de esos fines ni el uso de aquellos medios. Las reglas técnicas se sitúan fuera del discurso normativo: son proposiciones en sentido lógico, es decir, entidades de las que puede predicarse verdad o falsedad. El enunciado 'Debes calentar el agua a cien grados si quieres hacerla hervir', a pesar de que incluya el verbo 'deber', tiene un significado puramente descriptivo y puede reformularse simplemente así: 'El agua hierve a cien grados'.

(1.3.3) *Obligación y carga*. Como se ha dicho hasta ahora, las reglas técnicas, estrictamente hablando, no son normas sino más bien proposiciones. Como tales, las reglas técnicas no deben confundirse con enunciados que, si bien son estructuralmente similares, sí expresan normas en sentido estricto, especialmente normas instrumentales. La posible confusión nace del hecho de que las normas instrumentales a veces son también llamadas, impropiamente, reglas técnicas.

La diferencia puede ser aclarada diciendo que las reglas técnicas describen conexiones empíricas (preexistentes) entre una

condición y una consecuencia, en tanto que las normas instrumentales prescriben, o mejor, instituyen, conexiones normativas. Respecto de una conexión empírica (como por ejemplo la que se da entre la temperatura de cien grados y la ebullición del agua) el lenguaje sólo puede discurrir. En cambio, una conexión normativa (como por ejemplo la que se da entre la subscripción de dos testigos y la validez de un testamento ológrafo) es, por así decirlo, "creada" por el lenguaje.

En fin, una norma instrumental es un enunciado que, lejos de describir, prescribe que un cierto comportamiento sea tomado como condición para la obtención de un determinado resultado. Obsérvese: una norma instrumental no prescribe la persecución de un resultado y ni siquiera obliga incondicionalmente a que se realice un comportamiento. Lo que la norma prescribe, es más, constituye, es precisamente la relación condicional entre éste y aquél. El destinatario de la norma, entonces, no tiene la obligación de realizar ese comportamiento (ni mucho menos la obligación de perseguir aquel fin): tiene la obligación condicionada de comportarse de ese modo si, y sólo si, desea obtener ese resultado. Esa obligación condicionada es lo que comúnmente se llama 'carga'.

(1.3.4) *Normas instrumentales y normas teleológicas.* Las normas instrumentales, por su parte, deben ser distinguidas de las normas teleológicas (algunos las han confundido, al menos en el nombre). Las normas instrumentales no prescriben fines sino que ordenan medios para quienes quieran obtener un determinado fin, y sólo para ellos. Una norma teleológica (o "finalista", como algunos prefieren decir) es un enunciado que sí prescribe un fin, sin prescribir, no obstante, ningún medio para obtenerlo. De este modo, una norma teleológica es susceptible de ser cumplida mediante una pluralidad de comportamientos: tantos como medios idóneos para conseguir el fin prescrito.

Así, por ejemplo, es instrumental la norma expresada por el art. 2697.1, cod. civ. it. ("Quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que le sirven de fundamento"). Es teleológica, en cambio, la norma expresada por la primera parte del art. 32.1, const. it. ("La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad").

(1.3.5) *Obligaciones condicionadas y normas condicionales.* La carga, se ha dicho con anterioridad, es una obligación condicionada. Sin embargo, no deben confundirse las normas que establecen cargas con las normas condicionales en general, es decir, con aquellas normas que son expresadas por enunciados de forma sintácticamente condicional: 'Si f, entonces g' (donde la prótasis describe un supuesto de hecho y la apódosis prescribe una consecuencia jurídica).

En ese sentido, es condicional cualquier norma que prescriba la realización de una determinada conducta siempre que se den determinadas circunstancias. En realidad, casi todas las normas, especialmente las jurídicas, presentan esta estructura (a veces, visiblemente, otras sólo al nivel profundo), ya sea que instituyan cargas, ya sea que impongan obligaciones.

2. Calificaciones normativas del comportamiento

(2.1) *'Obligación' y mandato.* Para llevar a cabo un análisis más detallado del significado de 'obligación', puede empezarse diciendo que este término se usa, en el ámbito del lenguaje normativo, como medio típico para formular mandatos (los mandatos, obviamente, son una especie de normas, pero no agotan el género de las normas).

Por otra parte, toda lengua ofrece más de un expediente para la formulación de mandatos. En castellano, por ejemplo, se puede comenzar un acto (lingüístico) de mandato diciendo, indiferentemente, 'Te ordeno hacer x', 'Debes hacer x' o 'Tienes la obligación de hacer x'. El primer enunciado tiene una estructura que se llama (traduciendo del inglés "*performative*") "realizativa", es decir, contiene una forma del verbo ('ordenar') que designa precisamente la acción que se realiza mediante la formulación del propio enunciado. Los otros dos enunciados tienen forma deóntica. Así, no todo mandato se expresa en forma de 'obligación', pero todos los enunciados normativos en términos de 'obligación' tienen el sentido de mandatos.

(2.2) *'Obligación' como calificación del comportamiento.* Desde otro punto de vista, puede decirse que el término 'obligación' se usa, en el lenguaje normativo, típicamente para calificar comportamientos humanos (y, de ese modo, también

para provocar emociones y actitudes humanas acerca de los comportamientos así calificados). En otras palabras, 'obligación' es un término desprovisto de referencia semántica: no designa objetos, eventos o cualidades observables sino que sirve para establecer una conexión normativa entre un sujeto (el destinatario del mandato) y un comportamiento (el objeto del mandato).

(2.2.1) *Calificaciones directas e indirectas del comportamiento.* Obsérvese que un enunciado normativo puede calificar un comportamiento de dos formas distintas. Diremos que un enunciado califica directamente un comportamiento cuando vincula a ese comportamiento un predicado normativo cualquiera ('obligación', 'delito', 'daño', etcétera). Diremos, en cambio, que la calificación es sólo indirecta cuando un enunciado asume un comportamiento como supuesto de hecho condicionante de una consecuencia normativa cualquiera.

Así, por ejemplo, el enunciado 'Quien ocasione la muerte de un hombre debe ser castigado con la reclusión' califica contemporáneamente dos conductas. Por un lado, califica directamente como debido (u obligatorio) el castigo del homicida; por otro lado, califica indirectamente el homicidio como conducta susceptible de sanción.

(2.2.2) *Calificaciones deónticas y no deónticas.* Como ya se ha visto, 'obligación' constituye una calificación específicamente deóntica del comportamiento (esto es, los enunciados en términos de 'obligación' pueden reformularse sin pérdida de significado conjugando el verbo 'deber'). Sin embargo, no toda calificación normativa tiene carácter deóntico. Por ejemplo, adscribir a un acto el valor de 'delito' (o de 'sanción' o de 'pago') constituye una calificación normativa de aquel acto pero no puede considerarse una calificación deóntica.

Por otro lado, en el discurso normativo los términos deónticos ocupan una posición lógica muy peculiar. Podríamos decir que las calificaciones deónticas tienen un carácter primario respecto a las restantes calificaciones, que son derivadas. Esto es, los términos calificatorios no deónticos pueden perfectamente ser definidos recurriendo a términos deónticos, en tanto que la operación inversa no es posible. Así, por ejemplo, sería simple esclarecer los conceptos de delito o de crédito en térmi-

nos de 'obligación', pero el concepto de obligación no puede, a su vez, ser definido recurriendo a 'delito' o a 'crédito'.

En ese sentido, los términos deónticos son interdefinibles (cada uno de ellos puede ser definido recurriendo a otro), pero no son definibles mediante términos no deónticos.

(2.3) *Calificaciones deónticas elementales*. Puede discutirse, y se ha discutido en la literatura, en torno a la cuestión de cuáles y cuántas son las calificaciones deónticas. Ha sido también discutido si alguna de ellas puede o debe ser asumida a modo de término indefinido como definitorio del resto. No obstante, esos problemas pueden ser omitidos en este punto. Por un lado, podemos tranquilamente asumir (conforme a un pensamiento muy difundido) que las calificaciones deónticas elementales son cuatro, o de algún modo pueden reducirse a cuatro: 'obligación', 'prohibición', 'permiso' y 'facultad'. Por otro lado, podemos intentar clarificar el significado de esos términos asumiendo alternativamente 'obligación' y 'permiso' como términos primitivos indefinidos, mediante los cuales se definan todos los demás (entiéndase que nada impide, si se quiere, asumir como términos indefinidos definitorios los de 'prohibición' y 'facultad').

Desde el punto de vista de la obligación: se llama 'prohibido' a un acto cuya omisión es obligatoria; se denomina 'permitido' a un acto cuya omisión no es obligatoria; se llama 'facultativo' a un acto cuya realización no es obligatoria.

Desde el punto de vista del permiso: se llama 'obligatorio' a un comportamiento cuya omisión no está permitida; se llama 'prohibido' a un comportamiento cuya realización no está permitida; y se denomina 'facultativo' a un comportamiento cuya omisión está permitida.

(2.4) *Relaciones lógicas entre calificaciones deónticas*. Las definiciones precedentes, si se combinan oportunamente, son ya suficientes para ilustrar las relaciones lógicas que se dan entre las diversas calificaciones deónticas.

Obligación y prohibición son dos calificaciones incompatibles. Dos normas, de un mismo sistema normativo, que calificaran como obligatorio y, respectivamente, como prohibido un mismo acto no podrían ser simultáneamente cumplidas. Estaríamos ante una incompatibilidad absoluta, ya que todo cum-

plimiento de la obligación implicaría una violación de la prohibición, y viceversa.

También obligación y facultad son calificaciones incompatibles. No obstante, en algún sentido es una incompatibilidad más débil que la anterior, es sólo eventual. Debe observarse que términos como 'cumplimiento' y 'violación', según los estándares lingüísticos corrientes, parecen sólo apropiados en relación con mandatos, no importa si de contenido positivo (obligaciones) o negativo (prohibiciones). Esos mismos términos, en cambio, no parecen apropiados en referencia a normas facultativas o permisivas. En el supuesto de que dos normas, de un mismo sistema normativo, califiquen como obligatorio y, respectivamente, facultativo un mismo acto, el uso de la facultad constituirá violación de la obligación. Por otro lado, el cumplimiento de la obligación no constituye violación sino únicamente falta de uso de la facultad. Una incompatibilidad débil análoga puede encontrarse entre prohibición y permiso.

En cambio, no hay incompatibilidad entre obligación y permiso ni entre prohibición y facultad. Puede incluso sostenerse que la obligación implica el permiso y que la prohibición implica la facultad.

En fin, tampoco son incompatibles el permiso y la facultad, que incluso pueden conjuntarse dando lugar a una calificación ulterior (ya no elemental sino compuesta): la calificación en términos de 'libertad'. Se dice, en efecto, que un acto es libre cuando está permitida tanto su realización como su omisión, o bien cuando ese acto no es obligatorio ni está prohibido.

(2.5) *Obligaciones y permisos en los sistemas normativos.* Normalmente, las obligaciones y los permisos desarrollan, en los sistemas normativos, funciones diversas.

Al nivel de las normas de conducta ordinarias, puede decirse que en un sentido importante, las obligaciones cumplen una función primaria, mientras que los permisos cumplen una función secundaria. Un hipotético sistema normativo compuesto únicamente de normas permisivas difícilmente sería reconocido como un ordenamiento de la conducta. En efecto, en ausencia de obligaciones un sistema así sería casi indistinguible de un "estado natural" caracterizado por la ausencia de toda norma de comportamiento: esto es, un estado en el que todo (y en todos los sentidos) está permitido. Desde este punto de vista,

las obligaciones cumplen una función, por decirlo así, constitutiva en los sistemas normativos. Por otra parte, en los sistemas normativos empíricos los permisos encuentran su uso típico en una u otra de las siguientes funciones (o eventualmente en ambas): por un lado, en aquellos sistemas que incluyen el principio llamado *lex posterior*, las normas permisivas se usan para remover obligaciones precedentes, por otro lado, en los sistemas que incluyen el principio llamado *lex superior*, las normas permisivas se usan para prevenir, o en cualquier caso para invalidar, el establecimiento de determinadas obligaciones por parte de autoridades subordinadas.

Al nivel de las normas sobre la producción normativa (normas que no versan sobre comportamientos sino sobre actos normativos), los permisos cumplen, en cambio, una función primaria mientras que las obligaciones juegan un papel secundario. En efecto, las normas permisivas son –según algunos– instrumentos para instituir autoridades normativas, mientras que las normas imperativas (obligaciones y prohibiciones) sirven para limitar o delimitar la autoridad normativa conferida.

(2.6) *Ambigüedad de los enunciados negativos en términos de 'obligación'*. Para concluir esta parte, conviene llamar la atención sobre la ambigüedad característica de algunos enunciados en términos de 'obligación' (propia, por otra parte, de todos los enunciados deónticos). Considérese, por ejemplo, el siguiente enunciado negativo: 'Ticio no tiene la obligación de hacer x'.

En un contexto apropiado, por ejemplo en el ámbito del lenguaje legislativo, este enunciado es idóneo para expresar una norma facultativa: recuérdese que facultativa es la conducta cuya realización no es obligatoria. Pero en un contexto distinto, por ejemplo en el ámbito de un manual de derecho, el mismo enunciado ya no expresaría una norma sino una proposición (verdadera o falsa) sobre la ausencia de una obligación.

En el lenguaje común, decimos que un sujeto tiene una facultad o un permiso para actuar tanto en presencia de una explícita norma facultativa o permisiva, como en ausencia de normas imperativas. Pero esto significa que usamos ambos términos, 'permiso' y 'facultad', de un modo inconstante. En un caso, esos términos son usados en sentido fuerte, para referirse al contenido de ciertas normas; en el otro, los mismos términos

son usados en sentido débil, para referirse a la ausencia de cualquier norma.

3. Usos cognoscitivos de 'obligación'

(3.1) *Uso y mención de 'obligación'.* Toda expresión lingüística (y no sólo el término 'obligación') es susceptible de dos usos que deben ser cuidadosamente distinguidos. Por un lado, una expresión puede ser usada, digámoslo así, directamente: para significar aquello que esa expresión significa. Por otro lado, una expresión puede ser usada, digamos, indirectamente, para citar o hacer referencia a un discurso (o una opinión) de otro. En ese caso se está empleando un metalenguaje, respecto al cual el vocablo citado constituye su lenguaje-objeto. Pues bien, en la primera situación, se dice que el término es usado (sin más especificaciones); en la segunda, se dice que el término no es usado sino mencionado, o bien usado entre comillas.

Esta simple distinción es de gran importancia en el análisis del discurso que emplea términos típicamente normativos, como 'obligación'. En efecto, una cosa es usar (en sentido estricto) el término 'obligación' y otra mencionarlo. Los enunciados en los que el término 'obligación' es usado, por ejemplo los de un hipotético legislador, expresan normas: directamente prescriben. Los enunciados en los que el término 'obligación' es únicamente mencionado, por ejemplo los de un jurista, a primera vista no prescriben sino que informan que el legislador ha prescrito algo o, a veces, iteran las prescripciones legislativas. Así pues, el término 'obligación', si bien es ordinariamente portador de sentido normativo, puede ser también usado en el discurso cognoscitivo.

(3.2) *Dos análisis de 'obligación'.* Sin embargo, el significado de 'obligación' en el discurso cognoscitivo no es pacífico en absoluto. Al respecto, pueden hallarse en la literatura dos tesis contrapuestas. Ambas parecen concordar sobre un aspecto: el término 'obligación' no permite ser definido por *genus et diferentiam*, ni su significado puede ser esclarecido simplemente mostrando un término o un sintagma sinónimo que pueda sustituir a 'obligación' en todas sus ocurrencias sin pérdida de significado. Para analizar el significado de 'obligación' es necesa-

rio no tomar en consideración el término aisladamente, sino uno o más enunciados completos en los que éste aparezca. Por ejemplo, ¿qué significa el enunciado 'Ticio tiene la obligación de hacer x'? Una vez traducido este enunciado a otro distinto (sinónimo), en el que 'obligación' no aparezca, quedará aclarado su significado.

(3.2.1) *La teoría predictiva*. La primera de las dos tesis contrapuestas sostiene que 'Ticio tiene la obligación de hacer x' es traducible por 'Si no hace x, Ticio probablemente sufrirá una consecuencia desagradable (algún tipo de sanción)'. En otras palabras, los enunciados cognoscitivos en términos de 'obligación' serían proposiciones puramente empíricas, sin ninguna referencia a normas. En particular, se trataría de predicciones o previsiones probabilísticas (condicionales), susceptibles de verificación o falsación.

Este punto de vista, si se entiende como un intento de explicar el uso común de 'obligación' en contextos cognoscitivos, es susceptible de algunas críticas. En primer lugar, puede sostenerse, y así se ha sostenido, que esta tesis clarifica no tanto el significado de 'tener una obligación' sino más bien el significado de 'estar obligado (constreñido)'. En segundo lugar, no parece redundante decir que Ticio tiene una obligación y añadir que Ticio probablemente sufrirá una sanción si no realiza la conducta exigida. En tercer lugar, no es contradictorio, según los estándares lingüísticos comunes, decir que Ticio tiene una obligación pero que, sin embargo, probablemente no será castigado en absoluto (ya que conseguirá evitar la sanción).

(3.2.2) *La teoría normativa*. La segunda de las tesis en conflicto sostiene que la traducción apropiada de 'Ticio tiene la obligación de hacer x' es otra bien distinta: 'Existe una norma que ordena a Ticio hacer x'. En otras palabras, los enunciados cognoscitivos en términos de obligación no serían proposiciones empíricas ni predictivas, sino proposiciones acerca de la existencia de normas.

En comparación con el precedente, este punto de vista probablemente constituye una mejor explicación de los usos efectivos de 'obligación' en el lenguaje ordinario. Sin embargo, conviene destacar que esa explicación se basa, desgraciadamente, en una noción absolutamente esquiva y equívoca como es la noción de

'existencia de normas'. ¿Qué significa esa locución? De hecho, es usada y entendida al menos de dos formas distintas. Algunos sostienen que una norma existe cuando ha sido válidamente emitida. Otros sostienen que una norma existe cuando es previsible que los tribunales la apliquen en el futuro.

Debe destacarse también que, de hecho, los enunciados en los que 'obligación' se refiere a la existencia de una norma raramente tienen un sentido puramente cognoscitivo. Esos enunciados casi siempre presuponen la aceptación de una norma; son usados para iterar la obligación en cuestión y para justificar una conclusión abiertamente normativa. Por ejemplo: "Ticio tenía la obligación de hacer x. No ha hecho x. Por tanto, debe ser castigado".

(3.3) *Dos teorías de la ciencia jurídica*. Si se entienden bien, las dos teorías acerca de la obligación que han sido examinadas se basan en dos teorías distintas de la ciencia jurídica. La contraposición entre esas dos teorías constituye el hilo conductor del debate sobre la ciencia jurídica en la literatura de este siglo.

La teoría predictiva de la obligación es un fragmento de la teoría realista de la ciencia jurídica. Según esta teoría, la ciencia jurídica debería, como cualquier otra ciencia social empírica, estudiar el comportamiento humano (en cuanto comportamiento productor de normas y/o guiado por normas). En particular, sería función de los juristas estudiar la conducta de los jueces (esto es, las decisiones jurisprudenciales) y formular previsiones verificables acerca de sus probables decisiones futuras.

La teoría normativa de la obligación es un fragmento de la teoría normativista de la ciencia jurídica. Según esta teoría, la ciencia jurídica debería limitarse a describir normas (válidas). Sería función de los juristas, en fin, hacer aquello que hacen ya habitualmente: interpretar y sistematizar el discurso legislativo.

Debe advertirse que la teoría realista es esencialmente una metaciencia prescriptiva. No describe la ciencia jurídica tal como es, sino que propone a los juristas un modelo de ciencia (basado en el de las ciencias naturales) más bien apartado de sus prácticas científicas efectivas. La pretensión de prever las decisiones judiciales es característica, más bien, de los abogados. En cambio, la teoría normativista se presenta como metacien-

cia descriptiva, que pretende analizar y clarificar las operaciones intelectuales que de hecho realizan los juristas.

4. Obligación moral y obligación jurídica

(4.1) *La separación entre moral y derecho.* En la literatura (especialmente en la filosófico-jurídica) acerca del concepto de obligación, frecuentemente se discute el siguiente problema: ¿qué diferencia existe entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas? Adviértase que la pregunta, así formulada, presupone que, de un modo u otro, hay alguna diferencia entre las dos. Por lo demás, el uso extendido de la locución 'obligación jurídica' a menudo alude a esa diferencia. La idea de que el derecho es algo distinto de la moral y que, por tanto, no hay coincidencia entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas, puede considerarse una adquisición definitiva de la cultura jurídica laica, es decir, del positivismo jurídico (entendido ampliamente). Sin embargo, esta forma de pensar, bastante difundida en el mundo moderno, no ha sido siempre obvia y ni siquiera hoy lo es. Vale la pena, entonces, detenerse brevemente en la doctrina de la separación entre derecho y moral.

El núcleo central de la doctrina en cuestión consta de múltiples tesis distintas (algunas descriptivas, otras prescriptivas) de las que paso a enumerar las principales:

Primera tesis: el derecho ideal o natural (tal como debería ser) es algo distinto del derecho real, positivo, creado (como es de hecho); el nombre 'derecho' es apropiado para las normas legisladas, pero no lo es para las normas morales.

Segunda tesis: no es necesario realizar valoraciones morales para identificar el derecho positivo.

Tercera tesis: el derecho positivo, y sólo él, es susceptible de conocimiento; el derecho natural es el contenido de ideologías ético-políticas que son, como tales, fruto de la valoración, no de conocimiento.

Cuarta tesis: Una cosa es conocer el derecho (positivo) y otra tomar posición acerca de él, es decir, valorarlo desde el punto de vista moral.

Quinta tesis: el derecho (positivo) no es, sólo por ello, también justo; no hay una obligación moral de obedecer el derecho si no se lo valora como justo.

Sexta tesis: derecho y moral tienen, o deberían tener, como objeto áreas distintas de la conducta humana; en particular, es oportuno que el derecho positivo se limite a regular comportamientos externos y se despreocupe de las actitudes internas (opiniones, creencias, etcétera), dejándolas al dominio de la moral.

(4.2) *Derecho y moral como sistemas normativos*. Para trazar con rigor la distinción entre obligación jurídica y obligación moral es conveniente proceder como sigue. Entre tanto, puede darse por descontado que los términos 'derecho' y 'moral' son usados comúnmente para designar ciertos conjuntos de normas. Así, el derecho y la moral, después de todo, tienen características comunes: ambos son fenómenos normativos. No obstante, postular que las dos esferas están separadas no significa más que esto: estipular que los dos términos denotan fenómenos afines, empíricamente distinguibles. Pues bien, ¿qué diferencias empíricas pueden encontrarse entre aquellos sistemas normativos que, de hecho, calificamos de 'jurídicos' y aquellos que, de hecho, llamamos 'morales'? La respuesta a esta pregunta constituye por sí misma un modo de distinguir entre los dos tipos de normas y, también, de obligaciones.

La literatura al respecto sugiere que los sistemas jurídicos y los sistemas morales se diferencian principalmente bajo dos aspectos.

(4.2.1) *El derecho regula su propia creación y aplicación*. En primer lugar, los sistemas jurídicos presentan una estructura peculiar, comparativamente más compleja respecto a la de los sistemas morales. A diferencia de la moral, el derecho regula su propia creación y aplicación.

El discurso legislativo, en efecto, está constituido (al menos) por normas de dos tipos distintos. Junto a las ordinarias normas de conducta (o 'primarias'), que son comunes a los ordenamientos normativos de cualquier tipo, en el derecho hay también, como suele decirse, normas 'secundarias' o 'de segundo grado'. Con esta expresión se hace referencia a aquellas normas que no regulan directamente la conducta sino más bien la producción y el uso de las propias normas de conducta. Se trata, en fin, de las normas que instituyen o distribuyen poderes normativos (o competencias), dando así vida a los órganos legislativos, judiciales y ejecutivos.

(4.2.2) *El derecho como organización de la fuerza*. En segundo lugar, los sistemas jurídicos, si bien regulan (como los morales) todo tipo de comportamiento, tienen un contenido típico y diferencial. Los sistemas jurídicos, y sólo ellos, regulan el empleo de la fuerza.

En otras palabras, sólo los sistemas jurídicos incluyen normas que disponen: qué sujetos, en qué circunstancias, con qué procedimientos, contra quiénes deben y/o pueden hacer uso de la fuerza (o de la coerción, si se prefiere decir así).

Esta característica tan evidente de todos los ordenamientos jurídicos incluso ha inducido a algunos a redefinir el concepto de 'norma jurídica' de forma que incluya únicamente a las normas sancionadoras. Para quien acoja esta definición, las normas de conducta más comunes (del tipo "Está prohibido matar") quedan fuera del dominio de las normas jurídicas estrictamente entendidas, ya que no tienen nada específicamente jurídico (y podrían pertenecer perfectamente a un ordenamiento moral); el nombre "norma jurídica" queda reservado para las normas que imponen sanciones (del tipo "Es obligatorio castigar a los homicidas").

Nota

1* N. de T.: En éste y otros lugares sucesivos, el texto original hace referencia a la lengua italiana. En todos los supuestos en que ello ha sido posible sin pérdida de significado, se ha procedido a cambiar la referencia a la lengua española. Del mismo modo, se ha eliminado, con el consentimiento del autor, el párrafo (1.1.1) del original, en el que se señalan las diferencias entre los sustantivos italianos 'obbligo' y 'obbligazione', dado que, al disponer únicamente en castellano del término 'obligación' como equivalente a aquéllos, el propio párrafo pierde su sentido.

IV

Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen

1. Advertencia introductoria

Por comodidad, llamaré "primer Kelsen" al autor del manuscrito *Zur Logik der Normen*, 1959, de la *Reine Rechtslehre*, segunda edición, 1960, y también del ensayo *What Is the Pure Theory of Law?*, del mismo año; llamaré "último Kelsen" –haciéndome eco de un trabajo clásico de Amedeo Conte– al autor de los trabajos *Derogation* de 1962, *Recht und Logik* de 1965 y de la *Allgemeine Theorie der Normen*, publicada póstumamente en 1979.[1]

Como es conocido, el primer y el último Kelsen tienen ideas radicalmente distintas acerca del derecho y la lógica. A grandes rasgos: el primer Kelsen sostiene que la lógica puede aplicarse al derecho, aunque sea indirectamente; el último Kelsen sostiene, en cambio, que la lógica no puede aplicarse al derecho, ni siquiera indirectamente.

En mi opinión, sin embargo, las divergencias teóricas entre el primer y el último Kelsen son aún mucho más profundas. Afectan no sólo a la cuestión, por así llamarla, "regional" de la aplicabilidad de la lógica al derecho, sino también a casi todas las nociones centrales de la "teoría pura". Me refiero, en particular, al modo de concebir las normas, la "existencia" de las normas, los juicios de validez acerca de normas, el lenguaje y las funciones de la ciencia jurídica. En este trabajo quisiera precisamente fundamentar esta opinión.

2. Derecho y lógica en el primer Kelsen

El primer Kelsen formula sucintamente sus ideas acerca del derecho y la lógica con estas palabras:

«Si bien los principios de la lógica, como la ley de no-contradicción y las reglas de inferencia, se aplican únicamente a los enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, son también indirectamente aplicables a las normas jurídicas, en la medida en que los enunciados acerca de normas, que afirman la existencia, es decir, la validez, de normas jurídicas, están sujetos a esos principios. Dos enunciados, de los que uno de ellos asevera la validez de una norma que prescribe a los hombres una determinada conducta, mientras que el otro asevera la validez de la norma que prescribe a los hombres la conducta opuesta, se contradicen entre sí, del mismo modo que dos enunciados que afirman, uno de ellos, que algo es, y el otro, que no es. Si uno de ellos es verdadero, el otro debe ser falso. En ese caso, de dos normas en conflicto se puede decir que se "contradicen" entre sí. En consecuencia, dos normas en conflicto no pueden ser consideradas válidas al mismo tiempo».[2]

Así, el primer Kelsen sostiene conjuntamente dos tesis.

Primera tesis: la lógica no puede aplicarse directamente a las normas. Esta tesis se funda, a su vez, en la asunción conjunta de dos supuestos.

En primer lugar, las nociones de la lógica –en particular: las nociones de implicación y de contradicción– se definen en términos de 'verdadero' y 'falso'. Por ejemplo, se llama 'contradictorias' a dos proposiciones que no pueden ser a la vez verdaderas o falsas (de modo que, una de las dos es necesariamente verdadera y la otra necesariamente falsa).

En segundo lugar, las normas, por su parte, no son entidades que puedan ser verdaderas o falsas.

Así, por ejemplo, dos normas pueden perfectamente entrar en conflicto, ser incompatibles, pero, estrictamente hablando, no pueden contradecirse simplemente porque (en el sentido que) no tendría sentido decir que una de ellas es verdadera o que la otra es falsa. Al no poderse usar, en referencia a normas, los términos 'verdadero' y 'falso', tampoco la noción de contradicción puede ser empleada para describir una relación entre normas.

Segunda tesis: la lógica puede, sin embargo, aplicarse indirectamente a las normas, a través de las aserciones normati-

vas (o proposiciones normativas) con las que la ciencia del derecho las describe, ya que esas aserciones son, ellas sí, verdaderas o falsas. Ello en el sentido de que una aserción normativa (descriptiva de una norma) verdadera "refleja", por así decirlo, una norma válida; una aserción normativa falsa "refleja" una norma inválida.[3] En otras palabras, si una determinada aserción normativa es verdadera, entonces la norma que describe es válida; si es falsa, la norma subyacente es inválida. Así, si es verdadera, por ejemplo, la aserción de que todos los ladrones deben ser castigados, entonces es válida la norma "Todos los ladrones deben ser castigados".[4]

Por ejemplo, si dos aserciones normativas se contradicen ("Todos los ladrones deben ser castigados", "Todos los ladrones no deben ser castigados"), entonces una de ellas debe ser necesariamente verdadera y la otra necesariamente falsa: de modo que las dos normas subyacentes, a su vez, deben ser necesariamente una válida y la otra inválida.

Adviértase que las dos normas no pueden ser ambas válidas, pero tampoco ambas inválidas (aunque Kelsen no parece consciente de esta implicación). Se sigue de esto –valga el inciso– que todo sistema jurídico es, por necesidad lógica, "completo": queda excluido que, en el mismo, un comportamiento cualquiera no esté calificado (al menos) por una norma válida.[5]

Es más: si una determinada aserción normativa A1 ("El ladrón Schulze debe ser castigado") está lógicamente implicada por otra aserción normativa A2 ("Todos los ladrones deben ser castigados"), entonces la norma descrita por A1 debe tener el mismo valor de validez que la norma descrita por A2. Así, si la norma "Todos los ladrones deben ser castigados" es válida, entonces también la norma, implícita en ella, "El ladrón Schulze debe ser castigado" será igualmente válida, por necesidad lógica.

3. Derecho y lógica en el último Kelsen

Una formulación feliz y sucinta de las ideas del último Kelsen acerca del derecho y la lógica nos es ofrecida (en un léxico no kelseniano) por Amedeo Conte con estas palabras:

«El principio de contradicción no se aplica directa ni indirectamente a las proposiciones prescriptivas contradictorias: no

se aplica directamente ya que, dada la ecuación entre validez y existencia, si ambas proposiciones prescriptivas contradictorias existen, ambas son válidas; no se aplica indirectamente ya que las proposiciones descriptivas de su validez, no teniendo el mismo objeto, no son contradictorias [...] La regla de la inferencia no se aplica directa ni indirectamente a las proposiciones prescriptivas generales ya que, dada la ecuación entre validez y existencia, para que una proposición prescriptiva individual sea válida es necesario que cobre existencia [...] esto es, ingrese en el ordenamiento; no se aplica indirectamente, ya que las proposiciones descriptivas que afirman, respecto del ordenamiento, la validez de la proposición prescriptiva general y la validez de la proposición prescriptiva individual son lógicamente independientes».[6]

Si aceptamos como correcta la reconstrucción de Conte, podemos decir que también el último Kelsen sostiene dos tesis conjuntas.

Primera tesis: la lógica no puede aplicarse a las normas directamente, por las razones ya examinadas.

Segunda tesis: la lógica no puede aplicarse a las normas indirectamente, a través de las aserciones normativas con las que la ciencia del derecho las describe, aunque tales aserciones sean proposiciones (entidades lingüísticas a las que se apliquen los valores lógicos 'verdadero' y 'falso'). A pesar de que las aserciones normativas de la ciencia jurídica están obviamente sujetas a las reglas de la lógica, no reflejan el comportamiento lógico de las normas.

Por ejemplo, la ciencia jurídica puede describir un conflicto entre normas sin contradecirse. Ello no significa que para las aserciones descriptivas de normas no valga el principio de no contradicción (al contrario): significa sólo que la aserción descriptiva, pongamos por ejemplo, de la norma "Todos los ladrones deben ser castigados" y la aserción descriptiva de la norma "Todos los ladrones no deben ser castigados", a pesar de las apariencias, no se contradicen en absoluto, ya que tienen por objeto normas diversas. No es que una afirme y la otra niegue la existencia de una misma norma: es que cada una de ellas afirma la existencia de una norma diferente.

4. Normas y proposiciones

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, en un ensayo muy conocido, distinguen dos concepciones de las normas (presentes en la literatura), que ellos llaman, respectivamente: "concepción hilética" y "concepción expresiva". Según la concepción expresiva, las normas son un tipo de hechos: son fruto de actos (lingüísticos) de prescripción; de modo que no hay normas sin alguien que prescriba. En cambio, según la concepción hilética, «las normas son entidades parecidas a las proposiciones. [...] En esta concepción, las normas no son dependientes del lenguaje».[7]

Alchourrón y Bulygin adscriben la concepción kelseniana a la clase de las concepciones expresivas[8]. El examen de las ideas de Kelsen acerca del derecho y la lógica sugiere en cambio distinguir el primer del último Kelsen: en realidad, el primer Kelsen parece hacer suya una concepción hilética de las normas; sólo el último Kelsen se adhiere manifiestamente a la concepción expresiva, e incluso ofrece una formulación paradigmática de la misma.

En el primer Kelsen las normas son asimiladas, al menos en un sentido, a las proposiciones.

Una proposición es verdadera (o falsa) con total independencia del hecho que alguien la haya pronunciado efectivamente. Kelsen observa correctamente, en Recht und Logik: «Las aserciones de Newton acerca de la gravedad, si eran verdaderas, lo eran ya desde mucho tiempo antes de que él las pronunciase».[9]

En este, y sólo en este, sentido, las proposiciones no son entidades language dependent. O mejor dicho: la verdad de una proposición no depende de ningún acto de lenguaje. No depende del acto de afirmar esa proposición ("Yo afirmo que p"). No depende del acto de aceptar como verdadera esa proposición ("Es verdadero que p"). El valor de verdad de una proposición depende sólo de la subsistencia de los hechos (del "estado de cosas", como suele decirse) a los que aquella proposición se refiere.[10]

Pues bien, análogamente, según el primer Kelsen, una norma puede ser válida ("existente") independientemente del hecho de que alguien la haya efectivamente creado, formulado, promulgado (como también, se entiende, independientemente

del hecho de que alguien la acepte, le preste observancia o la aplique). En efecto, argumenta el propio Kelsen:

a) Por un lado, una norma puede ser inválida ("inexistente"), aunque haya sido promulgada, siempre que entre en conflicto con otra norma, también promulgada, en virtud de la ley de no contradicción (puede ser dudoso cuál de las dos es inválida, pero ciertamente no pueden ser ambas válidas –y, como se ha dicho, tampoco inválidas–).

b) Por otro lado, una norma puede ser válida ("existente"), aunque no haya sido promulgada, siempre que esté lógicamente implícita en otra norma válida, ésta sí promulgada, en virtud del criterio de deducibilidad.

En este sentido, se adapta perfectamente al primer Kelsen lo que Alchourrón y Bulygin escriben al delinear la concepción hilética de las normas: «las normas son independientes del lenguaje; aunque sólo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, su existencia no depende de expresión lingüística alguna. Hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca».[11]

En cambio, la teoría opuesta, sostenida por el último Kelsen, supone una concepción distinta, según la cual las normas son entidades próximas a los hechos: en particular, entidades dependientes del uso efectivo del lenguaje. Una norma no formulada es, simplemente, una *contradictio in adiecto*. Al contrario, una norma es "existente" si, y sólo si, ha sido creada por un efectivo acto lingüístico realizado por una autoridad normativa.

Aquí, 'existencia', en cuanto predicado de normas, significa: haber sido promulgada. Para decirlo con palabras de Alchourrón y Bulygin, «las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje».[12] No existen normas sin actos lingüísticos de prescripción: *Kein Imperativ ohne Imperator*, como dice Kelsen retomando un lema de Walter Dubislav. Y, por otra parte, un acto de prescripción, una vez realizado, no puede ser "revocado", ya que se trata de un evento empírico ya acaecido en el tiempo y en el espacio. De ello se sigue que:

a) A pesar del criterio de deducibilidad, una norma es válida ("existente") sólo si ha sido promulgada por una autoridad normativa: no importa que esté implícita lógicamente en otra norma promulgada; esto no basta para darle mágicamente vida.

b) A pesar de la ley de no-contradicción, una norma promulgada permanece válida ("existente"), salvo que sea derogada: el hecho de que ésta contradiga a otra norma, también válida, no la hace desaparecer mágicamente.

5. Verdad de proposiciones y "existencia" de normas

Hablar de una analogía entre proposiciones y normas es, a pesar de todo, una forma metafórica de expresarse. En rigor, las tesis del primer Kelsen suponen una analogía –y las del último Kelsen un completo divorcio– no exactamente entre normas y proposiciones, sino más bien entre la verdad de las proposiciones y la validez , o la "existencia", de las normas.

Evidentemente, la verdad de una proposición es algo totalmente independiente de la ejecución de cualquier acto del lenguaje: en el sentido de que una proposición no deviene verdadera por el hecho de haber sido efectivamente formulada (o considerada verdadera) ni deviene falsa por el hecho de no haber sido formulada (o de ser considerada falsa).[13]

Hay quien sostiene que las emisiones "realizativas" ("Yo prometo", "Yo ordeno", etcétera) se autoverifican mediante el uso.[14] Pues bien, –independientemente de lo que se piense de una tesis así– puede decirse que, con seguridad, no es aplicable a las proposiciones (o, si se quiere conservar la misma terminología, para las emisiones constatativas): aseverar una proposición no la hace verdadera.

Lo mismo puede afirmarse, en el universo conceptual del primer Kelsen, respecto de la existencia o validez de las normas. La "existencia" de las normas no depende de actos del lenguaje. En primer lugar, en el sentido de que el acto (lingüístico) de promulgación de una norma no es condición suficiente de su "existencia": una norma promulgada puede, a pesar de ello, no "existir" si entra en contradicción con otra norma también promulgada. En segundo lugar, en el sentido de que un acto lingüístico de promulgación no es siquiera una condición necesaria de la "existencia" de una norma: aunque no haya sido promulgada, una norma puede "existir" de todos modos, siempre que esté lógicamente implícita en una norma a su vez "existente".

En cambio, en el último Kelsen, no hay lugar para una analogía como ésta. Una norma no promulgada no puede "existir".

Y una norma promulgada no puede desaparecer, dejar de "existir" (excepto mediante derogación).[15]

En otras palabras, el acto lingüístico de promulgación es condición necesaria y suficiente de "existencia" de una norma. Necesaria, ya que las normas adquieren "existencia" únicamente a través de actos de promulgación. Suficiente, ya que las normas no pueden dejar de "existir" una vez promulgadas.[16]

En el primer Kelsen, es correcta la ecuación "validez = existencia = obligatoriedad". La validez es, entonces, al mismo tiempo, una no propiedad (ya que la existencia, como se sabe, no es un predicado) y una propiedad inaprensible (la obligatoriedad, el carácter vinculante) ciertamente no susceptible de conocimiento empírico.

En el último Kelsen, en cambio, la validez-existencia es una propiedad empíricamente comprobable, dado que depende completamente de la verificación de determinados hechos: aquellos que habitualmente designamos sucinta y convencionalmente con el nombre de 'promulgación'.[17]

6. Enunciados deónticos versus juicios de validez

Las tesis del primer Kelsen suponen que los juicios de validez acerca de normas no son más que *Sollsätze*, "aserciones normativas", es decir, enunciados deónticos que iteran las normas a las que se refieren;[18] enunciados, en fin, indistinguibles de las propias normas, ya que aparecen dotados de la misma sintaxis y de la misma estructura lógica que los enunciados emitidos por las autoridades normativas.[19]

Si no fuese así, la insistencia de Kelsen en la distinción entre *Sollnorm* y *Sollsatz* estaría escasamente justificada. Se trata, en efecto, de una distinción más bien obvia: en principio, en el mundo moderno, nadie confundiría un "código" legislativo con un "manual" de derecho.[20] La confusión sólo puede surgir, en el análisis lógico, por la circunstancia de que las normas y las aserciones normativas presentan una formulación idéntica.

En especial, si los juicios de validez no fueran enunciados deónticos (iterativos de las normas subyacentes), no se daría contradicción alguna entre enunciados que afirmasen la validez (como quiera que se entienda) de dos normas contradictorias. Intuitivamente, los enunciados

1) Está prohibido fumar

2) No está prohibido fumar

se contradicen ya que predican, de un mismo comportamiento, dos propiedades incompatibles ("prohibido", "no prohibido").[21] Al menos, esos enunciados están en conflicto (en algún sentido a especificar).[22] En cambio, los enunciados

3) La norma "Está prohibido fumar" es válida

4) La norma "No está prohibido fumar" es válida

no producen contradicción alguna.

Parece haber pasado inadvertido a los comentaristas que las tesis del último Kelsen suponen, en cambio, una concepción distinta de los juicios de validez. En el último Kelsen, los juicios de validez no son, en absoluto *Sollsätze*, enunciados deónticos: son, en cambio, enunciados indicativos comunes, metalingüísticos, que mencionan expresamente una norma y predican, no menos expresamente, su validez.[23] No son, en fin, enunciados del tipo (1) y (2) sino del tipo (3) y (4).[24] Es éste, en mi opinión, el auténtico fundamento del cambio radical de las ideas de Kelsen acerca del derecho y la lógica.

Los enunciados (3) y (4) no son contradictorios por la razón obvia de que predican un mismo atributo (la validez) de dos normas distintas. Se puede convenir que las dos normas subyacentes están en conflicto, pero, precisamente, ese conflicto puede ser descrito sin ninguna contradicción.[25]

En el primer Kelsen, los juicios de validez expresan una actitud normativa y, precisamente, una actitud de aceptación de la norma a la que se refieren. En el último Kelsen, los juicios de validez son aserciones empíricas.[26]

7. Las tareas de la ciencia jurídica

Debe observarse que los juristas modernos realmente acostumbran a "describir" (al menos, así se supone) el derecho empleando un lenguaje deóntico o, de todas formas, un lenguaje sintácticamente indistinguible del lenguaje de las fuentes. Si,

por ejemplo, el legislador prescribe: "Los ladrones deben ser castigados", los juristas no describen esa prescripción diciendo "El legislador ha ordenado que los ladrones sean castigados" o algo similar; ellos iteran la prescripción legislativa diciendo: "Los ladrones deben ser castigados".[27]

Pues bien, en el primer Kelsen, el lenguaje deóntico de los juristas es aprobado, legitimado, como el (único) lenguaje apropiado para describir normas. Esto puede comprenderse: en el primer Kelsen, como ya se ha visto, las normas no son hechos.

Kelsen insiste repetidamente en que las normas deben ser distinguidas, tanto del acto de su emanación como de los enunciados que las expresan y de los actos de cumplimiento de las propias normas. En ese sentido, las normas no son en absoluto reducibles a "hechos": por tanto, no son objetos "naturales" (o sociales) susceptibles de conocimiento empírico. El conocimiento de las normas es un conocimiento "normativo".[28]

Ahora bien, mientras los hechos pueden ser descritos mediante enunciados empíricos, sintácticamente indicativos, las normas, en cuanto entidades del *Sollen*, no pueden ser descritas más que con enunciados normativos, más precisamente, deónticos. No hay otro modo de describir, por ejemplo, la norma según la cual "Los ladrones deben ser castigados", que no sea diciendo, precisamente, "Los ladrones deben ser castigados". Enunciados como "El legislador ha ordenado que los ladrones sean castigados", "Los ladrones son castigados", y similares, no describirían la norma misma sino ciertos hechos vinculados a la norma de diversas formas.

En el primer Kelsen, la ciencia jurídica es una ciencia "normativa" en un doble sentido, dado que *a*) versa sobre normas y *b*) se expresa en lenguaje normativo (deóntico).[29]

El último Kelsen, de forma totalmente inadvertida, propone un modelo de ciencia jurídica muy distinto, según el cual los enunciados de los juristas deben ser enunciados indicativos comunes, completamente distintos de los enunciados de las autoridades normativas. Y, nuevamente, esto puede comprenderse: en el último Kelsen, como ya se ha visto, las normas son un tipo de hechos y los juicios de validez no son más que simples enunciados empíricos.

Además, el primer Kelsen confía a los juristas la delicada tarea de resolver los conflictos entre normas, mediante el uso de la lógica (expulsando del sistema jurídico, como inválidas,

las normas conflictivas con otras normas jerárquicamente superiores o cronológicamente sucesivas). Así, el primer Kelsen vindica como operaciones lógicas –y, por tanto, científicas– las operaciones de solución de las antinomias habitualmente realizadas por los juristas.[30]

El último Kelsen, en cambio, sostiene que la solución de las antinomias entre normas es una tarea exclusiva de las autoridades normativas.[31] Las antinomias no son una cuestión científica que pueda resolverse con los métodos propios de la lógica. Las antinomias son una cuestión política (de política del derecho), que sólo puede resolverse con decisiones de órganos investidos de competencias normativas. La ciencia del derecho, en el último Kelsen, sólo puede identificar los conflictos entre normas sin ofrecer ninguna solución "científica" a los mismos.[32] Se sigue de ello, obviamente, que cuando los juristas resuelven antinomias, reconduciendo a la coherencia el sistema jurídico, no hacen una labor científica sino de creación del derecho.[33]

Notas

1. Cfr. H. Kelsen, "Zur Logik der Normen" (1959), en H. Kelsen, U. Klug, Rechtsnormen und Logische Analyse, Ein Briefwechsel 1959 bis 1965, Wien, 1981; trad. cast. a cargo de J.C. Gardella, en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988, 35-54; H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Wien, 1960; trad. cast., *Teoría pura del derecho, a cargo de R. Vernengo,* México D.F., 1986; H. Kelsen, "What Is the Pure Theory of Law", en Tulane Law Review, 34, 1960, 269-276; H. Kelsen, "Derogation", en R.A. Newman (ed.), Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis-New York, 1962; trad. cast., "Derogación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 21, 259-274; H. Kelsen, "Recht und Logik" en Neues Forum, 12, 1965; trad. cast., "Derecho y lógica", a cargo de J.C. Gardella, en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., 92-120; H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wien, 1979; trad. cast., *Teoría general de las normas*, a cargo de H.C. Delory Jacobs, México D.F., 1994. Al respecto, cfr. A.G. Conte, "In margine all'ultimo Kelsen" (1967), en R. Guastini (ed.), Problemi di teoria del diritto, Bologna, 1980, 197-208; K. Opalek, Überlegungen su Hans Kelsens "Allgemeine Theorie der Normen", Wien, 1980; M.G. Losano, Forma e realtà in Kelsen, Milano, 1981, 125 ss.; E. Bulygin, "Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms", en Law and Philosophy, 4, 1985, 145-163; trad. cast., "Normas y lógica. Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; G. Parodi, "Sul concetto di 'norma giuridica' nell'Allgemeine Theorie der Normen di Hans Kelsen", en Materiali per una storia della cultura giuridica, 15, 1985, 153-282; J.W. Harris, "Kelsen and Normative Consistency" en R. Tur, W. Twining (eds.), Essays on Kelsen, Oxford, 1986, 201-228; O. Weinberger, "Logic and the Pure Theory of Law", en R.

Tur, W. Twining (eds.), Essays on Kelsen, cit., 187-199; L. Gianformaggio, In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argumenti kelseniani alla prova, Milano, 1987; T. Mazzarese, "Deontica kelseniana", en Materiali per una storia della cultura giuridica, 18, 1988, 429-457; T. Mazzarese, Logica deontica e linguaggio giuridico, Padova, 1989, 101 ss.; T. Mazzarese, "Kelsen Revisited on Law and Logic", en L. Gianformaggio (ed.), Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View, Torino, 1990, 139-160; B. Celano, Dover essere e intenzionalità. *Una critica all'ultimo Kelsen, Torino, 1990; S.L. Paulson, "Toward a Periodization of the Pure Theory of Law", en L. Gianformaggio (ed.), Hans Kelsen's Legal Theory, cit., 11-47.*

2. H. Kelsen, "What Is the Pure Theory of Law?", cit., 271. Cfr. también el siguiente pasaje: «Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones [...] no pueden ser verdaderas ni no verdaderas, aparece ahora la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos [...] a las relaciones entre normas [...]. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico. A ello no se opone que esos enunciados sean proposiciones deónticas, y que tengan que serlo porque describen normas modalizadas deónticamente» (H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., 87 y 88).
3. La idea del primer Kelsen es que hay «alguna clase de paralelismo lógico o isomorfismo entre normas y proposiciones normativas [i.e. proposiciones acerca de la existencia de normas], de modo que las propiedades lógicas de las normas son reflejadas en las propiedades lógicas de las proposiciones normativas» (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law", en P.A. Schilpp, L.E. Hahn (eds.), The Philosophy of Georg Henrik von Wright, The Library of Living Philosophers, La Salle (Illinois), 1989, 665-693, espec. 679; trad. cast., "Von Wright y la filosofía del derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, 69-102, espec. 87).
4. Paradójicamente, parece que la verdad de una proposición normativa no está condicionada por la validez de la norma subyaciente sino que, en cambio, la verdad de una proposición normativa condiciona la validez de la norma a la que se refiere.
5. A propósito, cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, Normative Systems, Springer Verlag, Wien, 1971; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Permission and Permissive Norms", en W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, A. Schramm (eds.) Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin, 1984, 349-371; trad. cast., "Permisos y normas permisivas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 215-238; E. Bulygin, "Norms and Logic: Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms", cit; trad. cast., "Normas y lógica. Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas", cit.
6. A.G. Conte, "In margine all'ultimo Kelsen", cit., 200-201. Cfr. R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Torino, 1990, 65 ss.
7. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", en R. Hilpinen (ed.), New Studies in Deontic Logic, Dordrecht, 1981, 95-124, espec. 96;

trad. cast., "La concepción expresiva de las normas", en Id., *Análisis lógico y derecho*, cit., 121-153, espec. 123. Cfr. también C.E. Alchourrón, E. Bulygin, Sobre la existencia de las normas jurídicas, Valencia, Venezuela, 1979, espec. 47 ss. Una clasificación distinta de las teorías de las normas puede encontrarse en R. Guastini, Dalle fonti alle norme, cit., 48-51; Id., "Facts in Legal Language" en Annali Giurisprudenza Genova, XXIII, 1989-90, 263-280.

8. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", cit., 98; trad. cast., "La concepción expresiva de las normas", cit., 125-126.
9. H. Kelsen, "Derecho y lógica", cit., 96-97.
10. Es obvio, en cambio, que la "existencia" (en el sentido intuitivo de la palabra) de una proposición depende, ella sí, del lenguaje: una proposición no proferida puede ser verdadera, pero no puede ser "existente". Esto no es distinto de decir que, en este contexto, el vocablo 'existencia' significa: proferencia acaecida. Podría incluso sostenerse que este es el significado de "existencia" siempre que esté referido a entidades lingüísticas.
11. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", cit., 96; trad. cast., "La concepción expresiva de las normas", cit., 123.
12. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", cit., 96; trad. cast., "La concepción expresiva de las normas", cit., 123.
13. Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, 64 ss., 118 ss.; trad. cast., *Lógica de las normas*, a cargo de J.S.P. Hierro, Madrid, 1971, 66 ss., 112 ss.
14. Circunscribiendo el discurso a los estudiosos de teoría del derecho, se encuentran huellas de esta concepción, p. ej., en G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, ed. prov., Milano, 1974; G. Carcaterra, *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979; y en A.G. Conte, "Aspetti della semantica del linguaggio deontico", en G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica*, Bologna, 1977. Pueden encontrarse ulteriores indicaciones bibliográficas en M.E. Conte, "La pragmatica linguistica", en C. Segre (ed.), *Intorno a la linguistica*, Milano, 1983, 94-128, espec. 103.
15. «Si se acepta que la existencia de una norma consiste en su promulgación por una autoridad, entonces decir que una acción p está prohibida [...] es decir que una cierta autoridad ha promulgado una norma según la cual p debe no realizarse» (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law", cit., 680; trad. cast., "Von Wright y la filosofía del Derecho", cit., 88).
16. En rigor, si la validez de una norma depende del evento histórico de la promulgación y, por tanto, las normas no pueden dejar de "existir", de ser válidas, una vez promulgadas, no se entiende como la derogación podría "revocar" la validez de las normas a las que se refiere. La teoría kelseniana de la derogación no parece coherente con sus propios presupuestos. Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 239 ss.
17. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., 41 ss. Acerca de la oportunidad de disociar validez y existencia, cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 199 s.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Von Wright on Deontic Logic and Philosophy of Law", cit., 680 ss.; trad. cast., "Von Wright y la filosofía del derecho", cit., 88 ss.; E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", en *Ratio Juris*, 3, 1990, 29-45.
18. Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Oxford, 1963; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Ferrero, Madrid, 1979; Id. "The Foundation of Norms and Normative Statements" (1965), reeditado en Id., *Practical Reason*, 1983, 67-82.

19. «El enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe la pena de prisión para el hurto, sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto será castigado con prisión; puesto que hay casos en que, pese a la validez de la norma, el hurto no es de hecho castigado, por ejemplo, porque el autor evita la pena. El enunciado jurídico que describe esa norma sólo puede rezar: "Si alguien comete un hurto, debe ser castigado". Pero el verbo modal "deber" del enunciado jurídico no tiene, como el "deber" de la norma jurídica, un sentido prescriptivo, sino un sentido descriptivo.» (H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, cit., 88).
20. Escribe Kelsen: «Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley; entre un cógido penal y un tratado de derecho penal.» (H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, cit., 86).
21. «Dos normas que sólo puedan describirse mediante dos proposiciones de deber ser que se contradigan lógicamente entre sí no podrán ser vistas simultáneamente como válidas, porque dos proposiciones de deber ser que describen normas y qe se contradicen entre sí no pueden ser al mismo tiempo verdaderas. La validez de una norma se puede inferir de la validez de otra cuando la proposición de deber ser con la cual se enuncia la validez de una pueda ser inferida de la proposición de deber ser mediante la cual se enuncia la validez de la otra.» (H. Kelsen, *Zur Logik der Normen*; trad. cast. en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., 38-39).
22. Como es obvio, el conflicto está, muy simplemente, en el hecho de que las dos normas no pueden ser cumplidas simultáneamente: la observancia de una supone la violación de la otra, y viceversa. Escribe Weinberger: «Evidentemente, los dos enunciados normativos no pueden ser cumplidos simultáneamente. Nuestro conocimiento de que el cumplimiento simultáneo de ambas normas es imposible es un conocimiento lógico [...]. No es una cuestión de experiencia, como saber que no puede ser cumplida la norma "Debes correr cien metros en tres segundos".» (O. Weinberger, "Logic and the Pure Theory of Law, cit., 195).
23. Una crítica de la idea según la cual los juicios de validez (como quiera que se entienda la validez) pueden formularse mediante enunciados deónticos puede verse en R. Guastini, "Problemi epistemologici del normativismo", en *Analisi e diritto*, 1991, 177-192.
24. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, cit., 148-149. Cfr. también T. Mazzarese, "'Enunciato descrittivo d'una norma'. Osservazioni su una nozione imbarazzante", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II: Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 253-288; Id., "Proposizione normativa. Interrogativi epistemologici e semantici", en *Analisi e diritto*, 1991, 1993-243; Id., "Norm-Proposition: Epistemic and Semantic Queries", en *Rechtstheorie*, 22, 1991, 39-70.
25. Se trata específicamente de conflicto, y no de contradicción: «La relación entre dos fuerzas opuestas [...] no tiene nada que ver con la contradicción lógica. Los fenómenos de que se trata pueden, y deben, ser descritos mediante expresiones no contradictorias» (H. Kelsen, *The Political Theory of Bolchevism*, Berkeley-Los Angeles, 1955, 3ª ed.; trad. cast. en H. Kelsen, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, a cargo de A. Weiss, Buenos Aires, 1957, 290).
26. E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", cit.
27. U. Scarpelli, "Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 46, 1967, 465-482. Al respecto, cfr. E. Bulygin, "Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz", en *Análisis filosófico*, 1, n. 2, 1981, 49-59; J. Raz "The Purity of the Pure Theory", in R. Tur,

W. Twining (eds.), Essays on Kelsen, cit., 79-97; trad. cast., "La pureza de la Teoría Pura", en *Análisis Filosófico*, 1, n. 1, 71-88; R. Guastini, "Problemi epistemologici del normativismo", cit.

28. «Una ciencia, cuyo objeto de investigación está constituido por normas, como es el caso de la ciencia jurídica, no puede ser una ciencia de hechos» (H. Kelsen, "Vom Geltungsgrund des Rechts" en *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Wien, 1960; traducción inglesa "On the Basis of Legal Validity", ed. by S. Paulson, en *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, 178-189, espec. 182).
29. «Dichas proposiciones [descriptivas de normas] tienen que ser proposiciones de deber ser» (H. Kelsen, "Zur logik der normen"; trad. cast. en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., 38).
30. Cfr. S.L. Paulson, "On the Status of the Lex Posterior Derogating Rule", en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, cit., 229-247.
31. «La ciencia del derecho es tan incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como lo es para crear normas jurídicas» (H. Kelsen, "Derogación", cit., 274).
32. «Que en el caso de dos enunciados contradictorios entre sí ambos sean verdaderos, es imposible; que en el caso de dos normas en conflicto ambas valgan, es posible. Y no puede resolverse este conflicto –como si fuera una contradicción lógica– mediante el conocimiento, es decir, la Ciencia del Derecho. Ésta puede solamente establecer la existencia de dicho conflicto, y tiene que dejar su solución al acto volitivo de la autoridad jurídica o a la inobservancia consuetudinaria» (H. Kelsen, "Derecho y lógica", cit., 101)
33. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 213-215.

V

Los principios en el derecho positivo

1. Introducción

El art. 117.1, const. it. –autorizando a las Regiones (con estatuto ordinario) a dictar «normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado»– sugiere, o quizás impone, distinguir entre "normas" y "principios fundamentales".[1]

El artículo 12.1 y 2, disp. prel. cod. civ. it., por su parte, –estableciendo que «si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición específica [...] se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»– sugiere, si no impone, distinguir entre "disposiciones específicas" (= ¿normas?) y "principios generales".[2]

Tomando, pues, estos dos textos normativos, parece obligado distinguir ulteriormente (si no entre "normas" y "disposiciones específicas", al menos) entre "principios fundamentales" y "principios generales".

Y aún más, el art. 9.1, ley 62/1953, modificado por el art. 17, *in fine*, ley 281/1970, dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrollará dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para las materias específicas o que se derivan de las leyes vigentes». Esta disposición sugiere distinguir entre principios expresos (aquellos que resultan de «leyes que expresamente los establecen») y principios implícitos (aquellos que, precisamente, no son expresamente establecidos por leyes, pero que, sin embargo, «se derivan» de leyes).

2. ¿Los principios no son normas?

La distinción entre normas y principios –recurrente en los discursos de los juristas y, como se acaba de ver, también en el discurso de las fuentes normativas– puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas.[3]

1) En primer lugar, esa distinción puede ser entendida en sentido *fuerte* (como una oposición): los principios no son normas, son algo distinto de las normas.

Esta tesis, sin embargo, no es convincente. Parece obvio que, al menos en un sentido, también los principios son normas, si por "norma" se entiende, conforme al uso común, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento. Así, no se comprende bien en qué sentido los principios son algo distinto de las normas; no está claro, en fin, qué significa el vocablo "norma" en este contexto.

En general, se tiene la impresión de que la distinción entre normas y principios, así entendida, es una distinción (*lato sensu*) ideológica, que puede ser supeditada –y, de hecho, en algunas etapas, ha sido supeditada– a finalidades exquisitamente políticas (de política del derecho, se entiende). Por ejemplo:

a) En Italia, al día siguiente de la entrada en vigor de la constitución republicana, algunos quisieron distinguir, en el texto constitucional, entre normas y principios (como también entre "normas prescriptivas" y "normas programáticas") con la mal disimulada finalidad de limitar la eficacia jurídica de la nueva constitución[4].

En ese contexto doctrinal y jurisprudencial, la oposición entre normas y principios disimulaba, en realidad, una oposición distinta: la que se da entre normas eficaces y normas ineficaces. Esto es, no se negaba que los principios (constitucionales) fuesen, en algún sentido, normas: se negaba que fuesen normas eficaces, es decir, inmediatamente productoras de efectos jurídicos[5]. Se negaba, en particular, que los principios fuesen por sí solos idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico) la legislación, en especial la legislación fascista, antecedente a la constitución: al menos hasta que el legislador ordinario no hubiese procedido a "actualizarlos" y "concretizarlos".[6]

b) Actualmente, en el debate internacional acerca de la discrecionalidad judicial, algunos distinguen entre normas (*rules*) y principios (*principles*) con el mal disimulado objetivo de sugerir que los jueces deben resolver los casos dudosos o difíciles (*hard cases*) aplicando principios ético-políticos no positivizados en la constitución o en la legislación.[7]

Los principios –se dice– al no ser normas "dictadas", expresamente formuladas en las fuentes del derecho, no son ni siquiera reconducibles a los criterios de validez (o reconocimiento) propios del ordenamiento positivo. Los principios, aunque subyacentes al ordenamiento positivo como sus fundamentos, son más bien valores prejurídicos y, por tanto, metajurídicos: en última, son instancias morales.[8]

También en ese contexto, la oposición entre normas y principios oculta una oposición distinta: la que se da entre normas positivas (que responden a los criterios de validez del ordenamiento) y normas de derecho natural y/o de derecho jurisprudencial.

2) En segundo lugar, la distinción entre normas y principios puede ser entendida en sentido *débil*: los principios no son más que normas, pero una especie particular dentro del género de las normas.[9]

Esta tesis, por otra parte, es problemática ya que la noción de principio es –como veremos en seguida– escurridiza y, en todo caso, controvertida. Aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos: en otras palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de "principio".

3. Normas de principio y normas de detalle

Como ya se ha mencionado, si se entiende por "norma", como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que los principios no son más que normas o, si se prefiere, una *especie* del *género* normas: las "normas de principio", específicamente. El problema es entonces el siguiente: ¿cuáles son los rasgos característicos de las

"normas de principio" que los distinguen de las "normas de detalle"? La cuestión es controvertida, entre otras cosas, a causa de la extrema –y extremadamente olvidada– heterogeneidad de los principios.[10]

De forma muy general, quizás pueda decirse lo siguiente: algunos sostienen que los principios son normas *sui generis* que se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido; otros sostienen que los principios se caracterizan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él.

En un caso, se puede decir que la distinción entre normas y principios es *interna*: para identificar un principio es necesario mirar "dentro" del propio principio, analizar el enunciado en el que encuentra su formulación. En el otro, la distinción es *externa*: para identificar un principio es necesario mirar "fuera" del mismo: no es necesario analizar el propio principio sino su contexto normativo.

Más específicamente, me parece que la distinción entre principios y normas ha sido trazada en no menos de cinco modos distintos (si bien algunos de ellos pueden ser entendidos como formulaciones diversas de una misma tesis).[11]

i) Una primera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su formulación: las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.

ii) Una segunda tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su contenido normativo. Esta tesis tiene, al menos, dos variantes.

a) A veces se sostiene que los principios se distinguen por su generalidad, es decir, por la amplitud de su campo de aplicación.

b) Otras veces se piensa que los principios, a diferencia de las normas, no dirigen los comportamientos sino las actitudes.

iii) Una tercera tesis pretende caracterizar los principios en virtud de su estructura lógica: los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante ("Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*"), ya que o bien están, sin más, privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto. Esta forma de pensar es susceptible, por otra parte, de dos interpretaciones.

a) Primera interpretación: los principios son normas (no hipotéticas sino) categóricas.

b) Segunda interpretación: los principios son normas que están privadas de un ámbito específico de aplicación (o, quizás, privadas de cualquier ámbito de aplicación).

iv) Una cuarta tesis pretende caracterizar los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría tiene dos variantes.

a) Según algunos, los principios son normas "fundamentales", es decir, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas.

b) Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad "material" *–id est* axiológica– del ordenamiento en su conjunto, de modo que cambiando los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento.

v) Una quinta teoría, finalmente, pretende caracterizar los principios en virtud de la forma como éstos funcionan en la interpretación o en el razonamiento jurídico. En especial:

a) los principios no admiten una interpretación literal;[12]

b) los principios orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento (las normas de detalle tienen que ser interpretadas de forma que sean coherentes con los principios);

c) la aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción;

d) los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la "ponderación" o del "balance".

Quede dicho, no obstante, que ninguna de estas tesis es enteramente persuasiva.[13]

Para empezar, todas comparten un defecto, desde mi punto de vista, fatal: todas asumen que existe un sólo tipo de principios o que, en todo caso, todos los principios poseen una o más propiedades comunes y, por tanto, pueden ser reconducidos a un concepto unitario. Este modo de pensar, como es evidente, descuida la extremada variedad tipológica de los principios.[14]

Además, ninguna de estas tesis permite identificar los principios con rigor. No pretendo desarrollar este punto de forma exhaustiva: me conformo con ofrecer algunas consideraciones puntuales.

Es dudoso que la vaguedad de la formulación sea un rasgo característico de los principios: al contrario, se puede sostener

que la vaguedad es un elemento común a todo enunciado prescriptivo, ya sea una norma o un principio. Como máximo, puede decirse que los principios son formulados de un modo relativamente más vago que las otras normas. Pero, desde este punto de vista, la indeterminación es sólo una cuestión de grado. Y, desgraciadamente, no disponemos de una unidad de medida de la indeterminación.

De todas formas, es dudoso que todos los principios sufran una grave forma de indeterminación. Por ejemplo, el principio "lex posterior derogat priori", el principio de la irretroactividad de la ley penal o el principio de la sujeción del juez a la ley no parecen particularmente indeterminados: ciertamente, no más que cualquier otra norma.

La tesis de que todos los principios carecen de hecho condicionante o tienen un hecho condicionante abierto produce perplejidad. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, si se entiende en el sentido de que es constitucionalmente ilegítima toda ley que discrimine entre los ciudadanos (según su sexo, raza, opinión religiosa, etcétera), no parece en absoluto privado de hecho condicionante. Ciertamente, es una cuestión de interpretación: una misma disposición puede ser entendida como una norma específica (provista de hecho condicionante) o como un principio (carente de hecho condicionante).[15] Pero si es así, debemos concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en normas y las normas en principios. De esta forma, la distinción entre normas y principios se desvanece completamente. Ya no podrá decirse, al nivel de la teoría del derecho que, el derecho está compuesto de normas y principios. Únicamente se podrá decir, al nivel de la metajurisprudencia descriptiva o de historia de las doctrinas jurídicas que, algunos juristas interpretan ciertas disposiciones como normas y otras como principios.

También la tesis de que los principios son normas "fundamentales" o "caracterizantes" confía la identificación de los principios a un juicio subjetivo de valor de los intérpretes, desde el momento en que "fundamental" y "caracterizante" no denotan propiedades empíricas. De nuevo, no se podrá decir que en el derecho hay normas y principios sino que deberá decirse, más modestamente, que *algunos* juristas *algunas* veces tratan *algunas* disposiciones como principios y otras como normas.

En mi opinión, es conveniente renunciar sin más a dirimir la controversia de forma neta y definitiva, y conformarse con

conjeturar de forma mucho más cauta que, al menos en la mayor parte de los casos, los principios se distinguen de las (otras) normas por una o más de las siguientes características.[16]

4. La formulación de los principios

1) Ante todo, es necesario decir que, a diferencia de las otras normas, algunos principios están *privados de toda formulación*. Dos únicos ejemplos, por otro lado paradigmáticos: el principio de la separación de poderes y el principio de certeza del derecho.

Diciendo que algunos principios no tienen formulación, no se quiere decir que no tengan una formulación oficial o estándar: lo que es cierto para toda una clase de principios (los principios "inexpresados" o "implícitos", como se verá enseguida). Se quiere decir que algunos principios son habitualmente *mencionados* pero *no formulados*: es usual llamarlos "por el nombre", pero nadie se atreve a ofrecer una sucinta formulación normativa.

Probablemente, esto depende del hecho de que en estos casos lo que se denomina principio no es, en realidad, una única norma sino una "doctrina": esto es, una constelación de enunciados *lato sensu* normativos. Una doctrina –piénsese en la doctrina de la separación de poderes– obviamente no puede ser reducida a un único enunciado normativo: cualquier formulación sucinta del principio de la separación de poderes parecería torpe y, en todo caso, inadecuada.[17]

2) Si por "prescripción" se entiende (en sentido estricto) un enunciado que establezca qué debe hacerse y en qué circunstancias, se puede decir que muchos principios son habitualmente formulados en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien *optativo* o *valorativo*. Por ejemplo: «Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los otros pueblos o como medio de resolución de las controversias internacionales» (art. 11, const. it.), que es poco más o menos como decir que la guerra como instrumento, etcétera, es algo malo.

De esta forma, puede decirse que muchos principios –a diferencia de las otras normas– dirigen el comportamiento de un

modo indirecto: a veces proclamando un valor, a veces formulando auspicios. Como ya se ha observado, los principios no se presentan «con una precisa formulación prescriptiva, en cuanto que afirman orientaciones e ideales de política legislativa».[18]

3) En general, ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de los principios.[19]

A menudo, los principios asumen la forma de solemnes "declaraciones" (en indicativo): en el sentido de que no se presentan como enunciados *constitutivos* de situaciones jurídicas nuevas, sino como meros *reconocimientos* de valores (jurídicos, políticos, morales) que se asumen como preexistentes y ahora adquiridos, autoevidentes, indiscutibles. Por ejemplo: «La libertad personal es inviolable» (art. 13.1, const. it.); «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social» (art. 3.1, const. it).[20]

5. El contenido normativo de los principios

1) Muchos principios (pero ciertamente no todos) son normas teleológicas o pueden ser reformulados en forma teleológica.[21] En otras palabras, se distinguen de otras reglas de conducta por el hecho de que no prescriben un comportamiento preciso sino que *encomiendan la obtención de un fin*, para lo cual los destinatarios pueden escoger entre una pluralidad de comportamientos alternativos (tantos como medios aptos para conseguir el fin prescrito).

El ejemplo más obvio está constituido por los numerosos principios programáticos formulados en la constitución italiana: «La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica» (art. 9.1, const. it.) «[La República] tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación» (art. 9.2, const. it.), etcétera.

2) Muchos principios (aunque, efectivamente, no todos) no son normas de conducta comunes sino metanormas o normas "de segundo grado" y, más precisamente, normas sobre la aplicación del derecho: normas que no se dirigen, pues, a los ciudadanos privados sino a los órganos jurisdiccionales y administrativos y no se refieren directamente a la conducta sino a otras

normas. A veces, determinan el campo de aplicación de una pluralidad de normas (piénsese en el principio de irretroactividad de la ley en general: art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.). A veces indican a los órganos de aplicación criterios de solución de los conflictos entre normas o de selección de las normas aplicables (piénsese en el principio "lex posterior derogat legi priori": art. 15 disp. prel. cod. civ. it.).

3) Es una opinión difundida que toda norma es, en último término, reducible a (reformulable como) un enunciado sintácticamente condicional, del tipo: "Si *F*, entonces *G*", donde la prótasis individualiza un hecho condicionante y la apódosis establece una consecuencia jurídica, como por ejemplo la adquisición de un derecho, la imposición de una sanción, la validez de un acto, etcétera. Pues bien, a menudo los principios –a diferencia de las otras normas– no parecen reconducibles a esta forma condicional.[22]

Frecuentemente, la formulación de los principios es, por decirlo así, categórica: proclaman una finalidad o un valor a perseguir, no ya en presencia de una condición precisa sino incondicionadamente.[23] Por ejemplo: «El arte y la ciencia son libres» (art. 33.1, const. it.); «La escuela está abierta a todos» (art. 34.1, const. it.) «La República [es] una e indivisible» (art. 5, const. it.).[24]

6. La estructura lógica de los principios

Es una idea muy difundida –aunque raramente formulada claramente– que los principios presentan una peculiar estructura lógica; más específicamente, la estructura lógica de un condicional "derrotable" (*defeasible*), "derogable" o "superable".[25] Este punto puede ser aclarado del siguiente modo.[26]

Asumamos que tanto los principios como las normas son reducibles a la forma condicional (si bien, como ya se ha visto, esto es al menos dudoso): "Si *F*, entonces *G*", donde la prótasis se refiere a una clase de hechos condicionantes y la apódosis se refiere a una clase de consecuencias jurídicas.

Pues bien, las normas son condicionales que no admiten excepciones.[27] En otras palabras, ante una norma queda excluido que si se produce el hecho condicionante no se produzca la consecuencia jurídica prevista.

Los principios, en cambio, son condicionales "derrotables": es decir, condicionales que admiten excepciones implícitas (derivables de otros principios).[28] Así, no queda excluido que, incluso en presencia del hecho condicionante, la consecuencia jurídica prevista *no* se produzca. Los principios –podemos decir–, a diferencia de las normas, no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones "prima facie",[29] que pueden ser "superadas" o "derogadas" por obra de otros principios.

7. La posición de los principios en el ordenamiento

En cuanto a su posición en el seno del ordenamiento jurídico, los principios se caracterizan respecto a las (otras) normas porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en alguno de sus sectores específicos (por ejemplo, el derecho civil, el derecho administrativo, etcétera) el papel de normas "fundamentales".[30] Esto ocurre en un doble sentido.

En primer lugar, en el sentido de que los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de otras normas (generalmente, cada principio constituye el fundamento de una multiplicidad de otras normas).[31]

En segundo lugar, en el sentido de que los principios son normas que parecen no requerir, a su vez, fundamento o justificación (ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos).[32]

En suma, desde el punto de vista del hablante, los principios son normas que revisten una especial "importancia" o que aparecen como normas "caracterizantes" del ordenamiento jurídico o de una de sus partes, esenciales para su identidad o fisionomía. Por esta razón y en este sentido es habitual acompañar el sustantivo "principio" con el adjetivo "fundamental".[33]

Piénsese, por ejemplo: en derecho constitucional, en el principio de la soberanía popular; en derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en derecho administrativo, en el principio del debido procedimiento; en derecho penal, en el principio "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

Evidentemente, al afirmar esto se hace depender «el carácter de principio de ciertas normas de las cambiantes valoraciones del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina».[34] Así, la cuestión de si una norma tiene o no tiene valor de "princi-

pio" no es una cuestión de hecho y la respuesta que se le dé es, por eso mismo, siempre opinable.[35]

8. "Principios fundamentales", "principios generales" y "principios" sin ulteriores especificaciones

Como ya se ha dicho, en algunos textos normativos vigentes, se encuentran dos expresiones de significado *prima facie* distinto: "principios fundamentales" y "principios generales". Las mismas expresiones, naturalmente, son también de uso común en la doctrina y en la jurisprudencia.

El art. 117.1, const. it. –según la forma habitual de interpretarlo– alude a los principios fundamentales *de las diversas materias* que son competencia de la ley regional. En la doctrina y en la jurisprudencia, sin embargo, se habla a menudo de los principios fundamentales *del ordenamiento*.

Por otro lado, el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. se refiere a los principios generales *del ordenamiento*, pero no es infrecuente encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia referencias a los principios generales no ya del ordenamiento sino *de uno u otro sector* del propio ordenamiento (el derecho de obligaciones, el derecho penal, el derecho laboral, etcétera).

Además, en el lenguaje de las fuentes, de la doctrina y de la jurisprudencia se habla a veces de "principios" sin adjetivos.

Naturalmente, el lenguaje jurídico no siempre es cuidadoso y riguroso, de modo que nada garantiza que cada una de esas expresiones sea usada siempre con el mismo significado, ni tampoco que a una expresión distinta corresponda siempre un significado distinto. Sin embargo, los usos corrientes parecen sugerir una distinción que puede ser trazada del siguiente modo.[36]

1) *Principios fundamentales y generales del ordenamiento*: se denominan así los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación.[37] Se pueden mencionar, como ejemplos, el principio de constitucionalidad (esto es, la rigidez de la constitución), el principio de igualdad, el principio de soberanía popular, el principio de irretroactividad de las leyes, el principio de conservación de los actos, el principio de certeza del derecho, el principio de legalidad, el principio "neminem laedere", el principio de preferencia de la ley posterior, etcétera.

Naturalmente, adjetivando los principios en cuestión como "generales" se subraya su extensión; adjetivándolos como "fundamentales", se pone el acento sobre su posición en el seno del ordenamiento.

2) *Principios generales de un sector de la disciplina jurídica:* son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular (por ejemplo, la propiedad, el proceso civil) o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica, como por ejemplo el derecho civil (principio de la autonomía privada), el derecho administrativo (principio del debido procedimiento), el derecho procesal civil (principio dispositivo), el derecho penal (principio del "favor rei"), el derecho del trabajo (principio "in dubio pro operario"), y así sucesivamente.

3) *Principios fundamentales de una materia determinada*: son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una "materia", es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho, como por ejemplo el urbanismo, la navegación fluvial, el turismo, la industria hotelera, la artesanía, la floresta, etcétera. Son ejemplos de este tipo los principios fijados en las leyes estatales denominadas "de bases" sobre una u otra materia de competencia de la ley regional.

4) *Principios (sin ulteriores especificaciones)*: se suele denominar así la *ratio*, la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada disposición normativa. Es decir, se supone que toda disposición normativa tiene una razón de ser, una finalidad inmanente, susceptible de ser conocida a través de la interpretación. Y esta *ratio* es precisamente el principio que funda o justifica la disposición en cuestión: no sería adecuado denominar "general" a un principio así, ya que su ámbito de acción está (relativamente) circunscrito.

9. Principios de derecho positivo y principios de derecho natural

El artículo 12.2, disp. prel. cod. civ. it. usa la expresión "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado". Esta formulación requiere algún comentario.

Para apreciar su peculiaridad, es necesario confrontarla con la análoga disposición antepuesta al código civil de 1865 (art. 3.2, disp. prel.), que decía: «Cuando una controversia no pueda decidirse mediante una precisa disposición legal [...] se decidirá según los principios generales del derecho».

Pues bien, estando vigente el código civil de 1865, la disposición citada era entendida por una parte de la doctrina como un reenvío a los principios no ya del ordenamiento positivo vigente sino del derecho natural.[38] Dicho de otro modo, los "principios generales del derecho" eran identificados, por algunos, con los principios de justicia que se suponen comunes a todo ordenamiento (en todo momento y en todo lugar). De modo que la disposición en cuestión fue entendida como una autorización, dirigida al juez, para "heterointegrar" el derecho positivo vigente con el fin de colmar sus eventuales lagunas.[39]

Por el contrario, la expresión usada por el legislador del código civil de 1942, según la opinión común de la doctrina (y según lo que resulta, por otra parte, de los trabajos preparatorios del código civil), es entendida como preclusión al juez de toda forma de heterointegración de las lagunas del derecho. El juez, en otras palabras, no está autorizado para colmar las lagunas recurriendo al llamado "derecho natural", es decir, a principios de justicia no positivizados en la legislación vigente.

En suma, la fórmula del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. se refiere a los *principios de derecho positivo* y sólo a ellos. Se presenta entonces el problema de distinguir los principios de derecho positivo de los principios no positivizados.

El problema, en realidad, permite una solución banal. Se puede decir, en efecto, que son principios de derecho positivo aquellos, y sólo aquellos, que son directamente expresados por, o al menos pueden ser persuasivamente derivados de, disposiciones positivamente formuladas en las fuentes del derecho vigente. Lo que es lo mismo que decir que el juez, al aplicar un "principio general", en el sentido del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., debe mostrar de forma persuasiva que el principio en cuestión es reconducible a una disposición positiva válida, como su significado o su fundamento (implícito).

De no ser así, por otra parte, en estos casos ni siquiera cabría recurso de casación por «violación o falsa aplicación de normas jurídicas» (art. 360, cod. proc. civ. it.). Se quiere decir, en fin, que el juez que recurra a un principio general para col-

mar una laguna de la ley, debe indicar en la motivación las disposiciones legales en las que el principio está directamente expresado o de las que se puede obtener implícitamente.

10. Principios expresos y principios implícitos

Como ya se ha recordado, el art. 9.1, de la ley 62/1953 (según la modificación realizada por el art. 17, *in fine*, de la ley 281/1970) dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para materias determinadas o que se derivan de las leyes vigentes». Como es evidente, esta disposición sugiere distinguir entre principios *expresos* y principios *implícitos*.[40]

1) Son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación.[41]

Por ejemplo, pueden considerarse principios expresos en el ordenamiento italiano: el principio de igualdad (art. 3.1, const. it.); el principio de la irretroactividad de la ley penal (art. 25.2, const. it.); el principio "neminem laedere" (art. 2043, cod. civ. it.); el llamado principio de la interpretación estricta de la ley penal (art. 1 cod. pen. it. y art. 14, disp. prel. cod. civ. it.); el principio de legalidad en la jurisdicción (art. 101.2, const. it.); etcétera.

Por otra parte, como ya se ha dicho, la cuestión de si una determinada disposición expresa un "principio" o, en cambio, una simple "norma" no es una cuestión de hecho: la respuesta, en un sentido o en otro, es en todo caso fruto de una valoración (habitualmente, de una valoración del intérprete) que, como tal, no es verdadera ni falsa. Puede suceder –y frecuentemente sucede– que una valoración sea generalmente compartida y, en consecuencia, sea sentida como obvia: pero esto no le quita el carácter de valoración y no la torna verdadera. Por otro lado, como ahora veremos, se encuentran a menudo, en las fuentes del derecho, disposiciones que se autocalifican como principios: esas disposiciones tienen valor de principio en virtud de una valoración del propio legislador y no del intérprete.

Puede observarse que a veces dos normas (expresas) tienen entre ellas una relación de regla y excepción, los intérpretes se inclinan a considerar como "principio" la norma que se presenta como "regla" (es decir, la norma más general). Paradójicamente, el hecho de que una regla sufra excepciones es considerado como indicio de su naturaleza de "principio".

2) Son principios implícitos, por el contrario, aquellos que están "privados de disposiciones",[42] es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o "construidos" por los intérpretes. Se entiende que los intérpretes, cuando formulan un principio jurídico implícito, no adoptan la posición de legislador sino que asumen que ese principio está implícito, latente, en el discurso de las fuentes.

Por ejemplo, son principios implícitos: el principio de tutela de la buena fe, el principio dispositivo en el proceso civil, el principio de conservación de los documentos normativos, el principio de separación de poderes, (quizás) el principio de legalidad en la actuación de la administración, los llamados principios del orden público, el denominado principio "in dubio pro operario" en derecho laboral, etcétera.

Los principios implícitos no son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la integración del derecho por obra de los intérpretes. Esos principios son derivados por los operadores jurídicos: algunas veces a partir de normas concretas, otras a partir de conjuntos más o menos vastos de normas, otras del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Se deriva un principio de una norma concreta cada vez que se conjetura una *ratio*, esto es, una finalidad que la norma persigue o un valor que funda la norma.[43] Pero son también principios elaborados a partir de una norma concreta, por ejemplo, el llamado principio de razonabilidad o no-arbitrariedad de la legislación (que el Tribunal constitucional italiano deduce del art. 3.1, const. it.), el principio de libertad de las formas negociales (que la doctrina prevalente obtiene del art. 1325, cod. civ. it.), etcétera.

Son derivados de una multiplicidad de normas, por ejemplo, el principio de tutela de la buena fe y el principio dispositivo en el proceso civil. El primero es obtenido de las disposiciones

sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428, cod. civ. it.), de las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto de terceros y de acreedores (arts. 1415 y 1416, cod. civ. it.), de las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación de la apoderación (art. 1396, cod. civ. it.), etcétera. El segundo es obtenido de los arts. 2907.1, y 2697, cod. civ. it., de los arts. 99 y siguientes, cod. proc. civ. it., de la regulación de la transacción (arts. 1965 y siguientes, cod. civ. it.), etcétera.

Según algunos, son principios implícitos en el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ejemplo, la denominada "norma general exclusiva" (o principio de libertad; todo lo que no está expresamente prohibido está permitido), el principio de certeza del derecho, el principio de conservación de los documentos normativos.

11. Construcción de principios por parte de los intérpretes

Según un punto de vista en ascenso y ahora consolidado, los principios implícitos serían construidos por los intérpretes a través de la "inducción" (abstracción, generalización, universalización) a partir de normas particulares.[44]

Este tipo de procedimiento es el mismo que se adopta, típicamente en los sistemas de *common law* (pero no sólo en ellos), para pasar de un específico pronunciamiento jurisdiccional a su *ratio decidendi*.[45]

Un principio (implícito) sería entonces una norma (muy) general de la que podrían ser inferidas lógicamente (deducidas)[46] diversas normas particulares (explícitas).

Pero, en realidad, no es fácil encontrar ejemplos de principios elaborados de este modo. En la mayoría de los casos, construir un principio consiste más bien en avanzar una conjetura acerca de las razones (de las finalidades, de las intenciones, de los valores) del legislador. Es esto lo que se hace siempre que se deriva de una norma (o de un conjunto de normas) su *ratio*.

Esas conjeturas acerca de las razones del legislador son obviamente opinables. Es raro que una norma responda a una finalidad unívoca y bien definida. Todos los resultados que la norma (si es observada y/o aplicada) es idónea para producir

pueden ser asumidos como razón de ser de esa norma. Si una norma determinada es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R_1 y R_2, se puede sostener que la *ratio* de la norma es, indiferentemente, la realización de R_1 como también la realización de R_2.

Por ejemplo, la norma (constitucional) que requiere el refrendo ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89.1, const. it.) puede ser reconducida indiferentemente al menos a dos objetivos distintos: eximir al Jefe de Estado de toda responsabilidad política o bien garantizar un control gubernativo sobre los actos del Presidente. La norma (o, si se quiere, el principio) que establece la obligatoriedad de la acción penal (art. 109, const. it.) puede ser justificada: ya sea con el principio (más general) de igualdad ante la ley (art. 3.1, const. it.), ya sea con la finalidad de perseguir todos los delitos, de forma independiente a toda consideración de utilidad, ya sea con la finalidad de garantizar la neutralidad política del ministerio público. El art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it. (que a su vez expresa un principio: el principio de irretroactividad de la ley en general) puede ser reconducido, indiferentemente, a tres finalidades distintas: garantizar la estabilidad de las relaciones ya establecidas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos o garantizar a cada uno la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Y así sucesivamente.

12. Disposiciones de principio

El lenguaje legislativo y, más aun, el constitucional está lleno de disposiciones que expresan principios.[47]

Como se ha dicho ya al delinear la noción de principio, la cuestión de si una determinada disposición expresa un principio (y no, en cambio, una simple norma) no es una cuestión de hecho sino que sólo puede ser decidida mediante una valoración: normalmente, a través de una valoración del intérprete. Sin embargo, se pueden encontrar, en el discurso de las fuentes, disposiciones que explícitamente se autocalifican como “principios” (o “normas de principio” o “disposiciones de principio”) no en virtud de una valoración de intérprete sino del propio legislador.

El ejemplo más obvio es constituido por los artículos 1 a 11 de la constitución italiana, que precisamente se autodenominan "Principios fundamentales". Pero los ejemplos se pueden multiplicar fácilmente: la ley 382/1978 se titula: "Norme di principio sulla disciplina militare"; la ley 335/1979 se titula: "Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle Regioni"; el art. 1 de la ley 833/1978 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale") lleva la rúbrica: "I principi"; el artículo 22 de la ley 93/1983 ("Legge-quadro sul pubblico impiego") lleva la rúbrica "Principi in tema di responsabilità, procedure, e sanzioni disciplinari", etcétera.[48]

13. La fuente de los principios

Se puede hablar de "fuente" de los principios[49] en al menos dos sentidos distintos, que dependen del significado que el vocablo "fuente" puede asumir en este contexto.

1) Si por fuente de una norma (o de un principio, poco importa) se entiende el sujeto del que la norma emana, entonces se debe trazar una clara distinción entre los principios expresos y los principios implícitos.

En efecto, la fuente de un principio expreso es la autoridad normativa que ha dictado el texto –la disposición normativa– del que el principio constituye el significado. Los principios expresos, en efecto, no son más que el significado de disposiciones específicas.

En cambio, la fuente de un principio implícito no son las diversas autoridades normativas del ordenamiento, sino más bien los intérpretes –jueces y/o juristas–, quienes elaboran y dan formulación a los principios en cuestión. Los principios implícitos, en efecto, no constituyen el significado de disposiciones específicas: son fruto de la integración del derecho por obra de los intérpretes.[50]

2) Si por "fuente" de una norma (o de un principio) se entiende, en cambio, el texto o documento normativo en el que la norma encuentra su formulación, entonces se puede decir que los principios expresos sí tienen una fuente, mientras que, por definición, los principios implícitos no la tienen.

No obstante, en un sentido, también los principios implícitos tienen una fuente: cada uno de ellos, en efecto, puede (o mejor, en virtud del art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., debe) ser reconducido a una o más disposiciones que, aunque no sean una puntual y exhaustiva formulación del principio en cuestión, constituyan sin embargo el material normativo bruto con el que los intérpretes construyen el principio.

Desde este punto de vista, todos los principios –ya sean expresos o implícitos– están provistos de una "fuente". En otras palabras, para todo principio es siempre posible encontrar un texto normativo en el que el principio está directamente formulado (si es un principio expreso) o del que, en todo caso, es derivable con oportunas técnicas argumentativas (si es un principio implícito).

14. Principios constitucionales, principios legislativos y principios "supremos"

Si se acepta que, al menos en un sentido, todos los principios tienen una fuente, entonces resulta interesante preguntarse, para cada principio, de qué fuente proviene.

Si bien no se puede excluir[51] que un principio encuentre su formulación en una fuente secundaria o que sea derivable de una fuente secundaria (como por ejemplo, un reglamento),[52] parece natural distinguir los principios en dos clases fundamentales: principios constitucionales y principios legislativos.

Naturalmente, son principios de rango constitucional aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en la constitución o en las leyes constitucionales.[53] Son principios de rango legislativo aquellos, y sólo aquellos, expresamente formulados o implícitos en las leyes ordinarias estatales (y quizás también en las regionales)[54] y en actos con fuerza de ley.

No es necesario decir que esta distinción, que tendría escasa importancia práctica en un sistema de constitución flexible, reviste en cambio una importancia evidente en un sistema de constitución rígida, como el hoy vigente en Italia. Esto es así por la banal razón de que los principios de rango legislativo pueden ser fácilmente derogados o subvertidos por leyes ordinarias (en virtud del principio de preferencia de la ley posterior), mientras que los principios de rango constitucional: por

un lado, son idóneos para provocar la ilegitimidad constitucional y la consiguiente ineficacia de toda fuente inferior que esté en contradicción con ellos (arts. 134 y 136.1, const. it.) y, por otro lado, no pueden ser modificados o derogados si no es por leyes constitucionales (art. 138, const. it.).

De todos modos, es preciso subrayar que, en el ámbito de los principios constitucionales, hay algunos que –según lo que se sostiene por la doctrina y la jurisprudencia– no pueden ser modificados, derogados o subvertidos de ninguna forma (legítima), estando sin más sustraídos a la revisión constitucional. Son estos los principios "supremos" del ordenamiento.[55]

Por otra parte, la identificación de los principios supremos (inmodificables) no es cosa fácil. La constitución vigente, al prohibir expresamente la revisión de la forma republicana del estado (art. 139, const. it.) permite identificar con certeza al menos dos de ellos: el principio de elegibilidad del Jefe de estado y el principio de temporalidad de su mandato (de acuerdo con el significado común del término "república").[56]

La doctrina y (ahora también) la jurisprudencia constitucional parecen concordar en que, junto al límite expreso del art. 139, const. it., hay también límites *implícitos* a la revisión constitucional.[57] En particular, el Tribunal constitucional italiano ha sostenido lo siguiente: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera mediante leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales. Lo son tanto aquellos que la propia Constitución ha previsto explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const. it.), como los principios que, a pesar de no ser expresamente mencionados entre los que no están sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Este Tribunal, por lo demás, ha reconocido ya en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un peso superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha sostenido que incluso las disposiciones del Concordato, que gozan de la particular "cobertura constitucional" ofrecida por el art. 7, segundo párrafo, Const. it., no se sustraen a la verificación de su conformidad con los "principios supremos del orde-

namiento constitucional" (vid. sentencias nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede estar sujeta al examen de este Tribunal "en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana" (vid. sentencias nn. 183 del 1973, 170 del 1974). No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales también respecto de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por otra parte, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más elevado valor».[58]

15. El uso de los principios en la producción del derecho

Los principios se usan, principalmente, en la producción del derecho[59].

La formulación de un principio (que es pues, por eso mismo, un principio expreso) por parte de una autoridad normativa cumple en general la función de circunscribir, bajo el aspecto sustancial o material, la competencia normativa de una fuente (en algún sentido) "subordinada".[60]

Dado que la fuente está subordinada, según los casos: no puede contener normas incompatibles con aquel principio; o bien debe limitarse a desarrollar las implicaciones de aquel principio; so pena, en ambos casos, de invalidez por vicio sustancial o material. En el primer caso es inválida toda norma que sea contradictoria con el principio; en el segundo, es inválida toda norma que no sea deducible del principio.

El principio, en suma, funciona de parámetro de legalidad o legitimidad de la fuente subordinada.

Así, por ejemplo, las leyes regionales (emanadas en el ámbito de la denominada competencia "compartida") no pueden entrar en conflicto con los "principios fundamentales" formulados en las leyes estatales "de bases" (art. 117.1, const. it.), a pesar de que, en teoría, no hay subordinación jerárquica entre la ley estatal y la ley regional. Puede decirse que los principios en

cuestión constituyen un límite a la competencia legislativa regional en un doble sentido.[61] Por un lado, no está consentido a las Regiones dictar normas de principio (que están reservadas a la competencia de la ley estatal) sino sólo normas "de detalle", es decir, normas relativamente más específicas, menos generales. Por otro lado, las normas "de detalle" emanadas por las Regiones deben armonizarse con las "bases" de los principios dictados por las leyes estatales: esto es, no pueden entrar en conflicto con ellos, bajo pena de su invalidez por ilegitimidad constitucional.[62]

Por otro lado, las leyes de las Regiones con estatuto especial (emanadas en el ámbito de la denominada potestad legislativa "primaria") tienen el límite de los principios generales derivables de la legislación estatal.[63]

De forma análoga, los decretos legislativos delegados del Gobierno no pueden entrar en conflicto con los "principios y criterios rectores" establecidos en la ley de delegación (art. 76, const. it.), a pesar de que, de nuevo, el decreto delegado no esté formalmente subordinado a la ley (y teniendo la misma "fuerza")[64].

Y aún más: los reglamentos gubernativos denominados de "ejecución e integración" deben limitarse a desarrollar las leyes "portadoras de normas de principio" (art. 17.1, ley 400/1988). Lo mismo, aproximadamente, puede decirse de los reglamentos que es habitual denominar "delegados", que deben limitarse a especificar las leyes que «autorizando el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, determinan las normas generales reguladoras de la materia y disponen la derogación de las normas vigentes, con efecto desde la entrada en vigor de las normas reglamentarias» (art. 17.2, ley 400/1988).

16. El uso de los principios en la interpretación del derecho

Los principios se usan también en la interpretación de los documentos normativos.

Los principios –sobre todo los principios expresos y, entre éstos, especialmente los de rango constitucional– son empleados en general para justificar una interpretación "conforme".

Se denomina "conforme" a aquella interpretación que, precisamente, adapta el significado de una disposición al de un principio, previamente identificado.[65]

Supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contradictorias, I_1 e I_2, tales que I_1 sea conforme con un principio e I_2 esté en conflicto con él. Pues bien, se hace una interpretación conforme interpretando la disposición en cuestión en el sentido I_1 y rechazando el sentido I_2.

Se sostiene, en particular, que la interpretación de la ley debe adecuarse, si es posible, a los principios constitucionales (de modo que, cuando es practicable una interpretación conforme, no hay razón para elevar una cuestión de legitimidad constitucional); que la interpretación de la ley regional debe ser adecuada, si es posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados debe ser adecuada, si es posible, a los principios establecidos en la ley de delegación; que la interpretación de los reglamentos de ejecución debe ser adecuada, si es posible, a las disposiciones de la ley que es por ellos ejecutada.[66]

En general, en sede de interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), de la que se asume su "superioridad" respecto a la disposición a interpretar, para adecuar a aquélla el significado de ésta. Y tratar a una norma como principio significa precisamente asumir su superioridad –al menos su superioridad *axiológica*– respecto de otra.[67]

Por ejemplo, adoptando esta técnica argumentativa, una disposición que pueda ser entendida como retroactiva o como irretroactiva será preferiblemente entendida en el segundo sentido, de acuerdo con el principio general expreso de la irretroactividad (art. 11, disp. prel. cod. civ. it.).[68]

En beneficio del denominado principio de "conservación de los documentos normativos",[69] este argumento es de amplia utilización por parte de la jurisprudencia constitucional, especialmente en las denominadas sentencias interpretativas. La interpretación conforme, obviamente, produce el efecto de conservar la validez de documentos normativos, también susceptibles de interpretaciones contrarias a la constitución, con la condición de que se admita al menos una interpretación conforme con los principios constitucionales.

17. El uso de los principios en la integración del derecho

Por último, los principios se usan en la integración de las lagunas del derecho.[70]

El art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. establece que: «Si una controversia no puede ser decidida mediante una disposición precisa, se atenderá a las disposiciones que regulan casos parecidos o materias análogas; si el caso permanece aún dudoso, se decide según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

Las controversias que no pueden ser decididas mediante una "disposición precisa", es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumentos para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico.[71]

Por otra parte, en general, los principios no son idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas: por lo menos, como se suele decir, requieren "concretización". Para dar un solo ejemplo entre miles: supuesto que el denominado "daño biológico" no constituya un daño no-patrimonial (a los efectos del art. 2059, cod. civ. it.) y que, por tanto, el código civil no contenga regulación alguna acerca de su resarcibilidad, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32, const. it.); pero es evidente que ese principio no es suficiente por sí solo para resolver ninguna controversia sobre la materia en cuestión, puesto que nada dice acerca de la resarcibilidad del daño biológico; se puede usar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico a condición de que se obtenga de él una norma particular *implícita*, idónea, esta sí, para colmar la laguna y para regular el supuesto de hecho del que se busca la regulación.[72]

En general, un principio sólo puede constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento –habitualmente *no deductivo*– cuya conclusión sea una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete. Esto puede ser explicado más extensamente como sigue.

Es habitual distinguir, en el seno del razonamiento judicial, dos niveles de "justificación" o argumentación.[73] El nivel infe-

rior –llamado “justificación interna”– puede siempre asumir la forma de un silogismo: la premisa mayor es una norma general (“El homicidio es castigado con la reclusión”); la premisa menor es una aserción que, por un lado, establece el supuesto de hecho concreto y, por el otro, lo subsume bajo el supuesto de hecho abstracto previsto por la norma (“Fulano ha cometido homicidio”); la conclusión es la decisión de la controversia (“Fulano debe ser recluido”). El nivel superior –llamado “justificación externa”– está constituido por dos argumentaciones no silogísticas distintas que justifican la elección de las premisas del silogismo decisorio. El silogismo, en efecto, es un argumento necesario y suficiente para justificar la decisión, pero también la elección de las premisas exige argumentación. Por un lado, es necesario entonces justificar la elección de la premisa normativa; por el otro, es necesario justificar la elección de la premisa fáctica. Ahora, por lo que respecta en particular a la justificación externa de la premisa normativa, se puede decir, muy sucintamente, lo que sigue.

Normalmente, la premisa mayor del silogismo decisorio es una *norma expresa*, N, que constituye el significado (uno de los posibles significados) de una disposición jurídica positiva D. Así, la justificación externa de esa premisa consiste a grandes rasgos en aducir que: *a*) la disposición D es formalmente válida; *b*) esa disposición expresa la norma N; *c*) esa norma es, a su vez, materialmente válida.[74]

A su vez, las aserciones *a*) y *c*) pueden ser ulteriormente argumentadas haciendo referencia a los criterios de validez (formal y material) propios del ordenamiento de que se trate.[75] La aserción *b*), que constituye un enunciado interpretativo (de la forma “D significa N”),[76] puede ser argumentada apelando a una u otra de las técnicas interpretativas comúnmente aceptadas en la cultura jurídica existente.[77]

Ahora bien, los principios –a causa de su contenido normativo– no son aptos para desarrollar el rol de premisa mayor del silogismo judicial. Ellos desarrollan un rol, más bien, en la justificación externa de la premisa mayor.

Obviamente, ante una laguna, la premisa mayor del silogismo judicial no puede ser una norma expresa (si hubiese una norma expresa aplicable al supuesto de hecho concreto, no habría laguna): la premisa mayor del silogismo sólo puede ser una norma implícita. Es evidente que, en estos casos, la justifi-

cación externa de la premisa mayor debe asumir una forma distinta de la que ha sido examinada hasta ahora.

Cuando se usa una norma implícita como premisa mayor de un silogismo judicial, es necesario mostrar persuasivamente que esa norma es (materialmente) válida, a pesar de no estar formulada, a pesar de estar "privada de disposición". Pues bien, esto puede hacerse reconduciendo la norma en cuestión a un principio, expreso o implícito, que constituya su fundamento.[78]

Por ejemplo, se puede sostener que una norma implícita N encuentra su fundamento en un principio P cuando N es lógicamente deducible de P (habitualmente con el agregado de las premisas oportunas). O bien puede sostenerse que una norma implícita N encuentra su fundamento en un principio P cuando N es un medio para conseguir el fin prescrito por P. En el primer caso, se dirá que N constituye la "expresión", "especificación" o "aplicación" de P. En el segundo caso, se dirá que N constituye la "implementación" de P.

18. Conflictos entre principios

Puede suceder (en realidad sucede a menudo) que dos principios –como ocurre con las normas– entren en conflicto.

Algunas veces, dos principios parecen estar en conflicto incluso en una interpretación "en abstracto": por ejemplo, el principio de presunción de inocencia del inculpado (art. 27.2, const. it.) está *prima facie* en conflicto con el principio que permite la prisión preventiva (art. 13, *in fine*, const. it.). En estos casos, el conflicto es necesario (no contingente), ya que todos los supuestos de hecho concretos regulados por el primer principio son también regulados –de forma incompatible– por el segundo.

Más a menudo, dos principios se revelan en conflicto (sólo) cuando se aplican a casos concretos: por ejemplo, en la aplicación concreta, puede suceder que el principio de la presunción de inocencia entre en colisión con el principio de la libre manifestación del pensamiento o de la libertad de prensa (art. 21.1 y 2, const. it.). En estos casos, el conflicto es contingente (no necesario): depende del hecho de que algunos supuestos de hecho concretos (pero no todos) caen simultáneamente en el campo de aplicación de dos principios que establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí.[79]

Pues bien, según un punto de vista difundido –que refleja, por otra parte, la praxis de muchos tribunales constitucionales– los conflictos entre principios y, en particular, los conflictos entre principios *constitucionales*, no pueden o no deben ser resueltos con las mismas técnicas que habitualmente se usan para resolver conflictos entre normas.[80]

En nuestro ordenamiento, como en muchos otros, hay tres reglas o criterios de solución para los conflictos entre normas:

a) *lex superior derogat inferiori*: la norma superior prevalece sobre la inferior, en el sentido de que ésta última es inválida;

b) *lex posterior derogat priori*: la norma más reciente prevalece sobre la más antigua, en el sentido de que ésta última es (no inválida, sino) derogada;

c) *lex specialis derogat generali*: la norma (relativamente) más específica constituye una excepción a la norma (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no se aplica donde es aplicable la particular.[81]

Pero ninguna de estas reglas –suele decirse– es idónea para resolver los conflictos entre principios, especialmente entre principios constitucionales. Efectivamente, no resulta aplicable la regla "lex superior", ya que se está hablando, por hipótesis, de principios que no tienen entre sí ninguna relación jerárquica, colocándose todos en el nivel constitucional. Tampoco es aplicable la regla "lex posterior", ya que se está hablando de principios establecidos, por hipótesis, en un mismo documento normativo y, por tanto, coetáneos.

No se comprende, en cambio, por qué no puede aplicarse la regla "lex specialis", que es precisamente el criterio de solución de antinomias habitualmente empleado para resolver conflictos –meramente aparentes, suele decirse– entre normas contiguas, contenidas en un mismo texto normativo y, por tanto, coetáneas y jerárquicamente iguales.[82]

Supongamos que un primer principio P_1 establezca que "Si F_1, entonces G", y un segundo principio jurídico P_2 establezca que "Si F_2, entonces no-G". Supongamos además que las circunstancias F_1 y F_2 se presenten conjuntamente (que es lo mismo que decir que estamos en presencia de un supuesto de hecho que cae bajo el campo de aplicación de ambos principios). De ello se sigue que ambos principios son aplicables: pero, aplican-

do P_1, la consecuencia jurídica debería ser G; mientras que aplicando P_2, la consecuencia jurídica sería no-G.

Aplicando la regla "lex specialis" el conflicto podría resolverse, banalmente, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión. Por ejemplo: P_1 debe ser entendido en el sentido de que "Si F_1 y no-F_2, entonces G". De modo que la consecuencia jurídica G no sigue al supuesto de hecho F_1 cuando éste se presenta en concomitancia con F_2. En presencia de F_2, la consecuencia jurídica es no-G, a pesar de la concomitancia de F_1.

De hecho, según la doctrina y la praxis[83] examinada, los conflictos entre principios no se resuelven mediante el criterio de "lex specialis", sino mediante el "balance" o la "ponderación" de los propios principios *en el caso concreto*. Con esto se alude a una operación intelectual que, bajo un análisis lógico, parece presentar tres características sobresalientes.

a) La primera característica sobresaliente de la ponderación consiste en una *interpretación* peculiar de los principios de que se trate (o de las disposiciones que los expresen).

Para aclarar este aspecto es necesario de forma preliminar recordar la clasificación de las antinomias propuesta por Alf Ross.[84] A veces dos normas, N_1 y N_2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de forma que todo supuesto de hecho que cae en el campo de aplicación de N_1, cae también en el campo de aplicación de N_2 (*antinomia "total-total"*). Otras veces, la clase de supuestos de hecho regulados por una de las dos normas, N_1, está completamente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho regulada de forma incompatible por la otra, N_2, de modo que el conflicto surge sólo en relación con los supuestos de hecho regulados (también) por N_1 (*antinomia "total-parcial"*). Finalmente, otras veces las dos normas regulan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente: algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho regulados por N_1 coinciden con algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho regulados de forma incompatible por N_2, de modo que sólo en esos casos se presenta el conflicto (*antinomia "parcial-parcial"*).

Pues bien, la ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados, P_1 y P_2, sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho re-

gulados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de modo que la antinomia que resulte sea del tipo "parcial-parcial". Si la antinomia fuera del tipo "total-total", en efecto, sería simplemente irresoluble. Si fuese del tipo "total-parcial", podría –es más, debería– resolverse mediante el criterio de especialidad.

b) La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía *axiológica* entre los principios de que se trate. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete: precisamente, mediante un juicio de valor.[85]

Para resolver una antinomia del tipo "parcial-parcial" no hay otra forma que otorgar a una de las dos normas en conflicto un mayor "peso", es decir, un mayor "valor" que a la otra. La norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe, en el sentido de que es dejada de lado.

Obsérvese: en este contexto, "ponderar" no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro.

c) La tercera característica sobresaliente de la ponderación consiste en lo siguiente: para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al *caso concreto*. Si el resultado que, en el caso concreto, tendría la aplicación del principio P_1 le parece *más justo* (o menos injusto) que el resultado que tendría, en cambio, la aplicación del principio P_2, entonces éste será dejado a un lado, en ese caso concreto, mientras que el principio P_1 será, en ese caso, aplicado.

Préstese atención: "en el caso concreto". Con esta especificación se quiere decir que no se excluye en absoluto que, en un caso distinto, la aplicación del principio P_2 produzca resultados considerados más justos (o menos injustos) que la aplicación de P_1 y que, por tanto, en ese caso, sea dejado de lado P_1 y aplicado P_2. En otras palabras, la jerarquía establecida entre los dos principios en conflicto es una jerarquía *móvil*, mutable: en un caso se atribuye mayor peso o valor a P_1, en un caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a P_2.

La ponderación de los principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de "justicia") del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no queda resuelto de forma *estable*, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios en conflicto sobre el otro (como sucedería si se adoptara, en cambio, el criterio "lex specialis"); toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

Notas

1. La misma distinción del art. 117.1, const. it. es reiterada por el art. 9.1, de la ley 62/1953, modificado por el art. 17, *in fine*, de la ley 281/1970, que dispone que «el dictado de normas legislativas por parte de las regiones [...] se desarrollará dentro de los límites de los principios fundamentales que resultan de las leyes que expresamente los establecen para las materias específicas o que se infieren de las leyes vigentes».
2. Acerca de los «principios e intereses generales que informan la legislación del Estado» habla también el art. 17 del *Regio decreto legislativo* 455/1946, convertido en ley const. 2/1948, Estatuto de la Región siciliana.
   Los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» son mencionados por el art. 3 de la ley const. 3/1948, Estatuto especial para Sardegna; por el art. 2 de la ley const. 4/1948, Estatuto especial para el Valle d'Aosta, además del art. 4 del D.P.R. 670/1972, Texto único de las leyes consts. concernientes al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige, que, en su art. 5, contrapone los «principios establecidos por las leyes del Estado» a las «normas legislativas» regionales.
3. Al respecto: L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, espec. cap. II.
4. Cfr., por ejemplo, G. Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, espec. 97 ss.
5. Cfr. Cass. S. U. pen., 7 de febrero 1948, en *Foro italiano*, 1948, II, 57.
6. Cfr. V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
7. La alusión se refiere a R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., London, 1978; trad. cast., *Los derechos en serio,* a cargo de M. Guastavino, II ed., Barcelona, 1989; Id., *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), 1985. Al respecto, en la literatura más reciente: M. Troper, "Les juges pris au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin", en *Droit et societé*, 1986, n. 2; L. Prieto, *Sobre principios y normas*, cit., espec. cap. IV; Id., "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 1983. Pero, en realidad, la literatura sobre las tesis de Dworkin es inmensa: cfr. R. Guastini, "Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983 (si bien la bibliografía contenida es ahora muy incompleta).

8. Al respecto: G.R. Carrió, "Principios jurídicos y positivismo juridico" (1970), ahora en Id., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1990, edición corregida y aumentada.
9. «Todos los principios son normas, pero no todas las normas son principios»: L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 96.
10. Una tipología de los principios puede encontrarse en R. Guastini, "Sui principi di diritto", en *Diritto e società*, 1986, 601 ss.; cfr. también M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre aprocci ai principi di diritto", en *Analisi e diritto*, 1993; trad. cast. corregida en Id. *Las piezas del Derecho*, Barcelona, 1996, cap. I.
11. Cfr. R. Guastini, "I principi nel diritto vigente", en M. Bessone, R. Guastini (eds.), *La regola del caso*, Padova, 1995, 113 ss.; Id., "Diritto mite, diritto incerto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996.
12. Según G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992 (trad. cast. *El derecho dúctil*, a cargo de M. Gascón, Madrid, 1995), los principios no requieren ni admiten una interpretación "en abstracto", siendo su significado autoevidente. Esta tesis es insostenible. La interpretación en abstracto –esto es, la interpretación textual– es una operación lógicamente necesaria para, y previa a, toda interpretación en concreto. Esta tesis parece no tener otro sentido que el de legitimar una interpretación *variable* de las disposiciones de principio, con resultados evidentes de incerteza del derecho e imprevisibilidad de las decisiones judiciales.
13. Mientras escribo, me encuentro con una decisión del Tribunal constitucional italiano (Tribunal const. it. 79/1996) en la que se atribuye el estatus de "principio fundamental", vinculante para la legislación regional, al artículo 3 bis del decreto-ley 361/1987 (introducido mediante *legge di conversione* 441/1987), que dispone que: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas instalaciones de tratamiento y almacenamiento de residuos sobre la base de los resultados de una conferencia específica en la que participan los responsables de las oficinas regionales competentes y los representantes de los entes locales interesados; la conferencia toma en cuenta y valora todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; la aprobación del proyecto se constituye, si es necesario, en variante del instrumento urbanístico general. Sería interesante preguntar al respecto a cuantos teorizan acerca de la distinción entre normas y principios, ya que la disposición mencionada no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio que circulan en la literatura.
14. Cfr. R. Guastini, "Sui principi di diritto", cit.; M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre approcci ai principi di diritto", cit.; trad. cast. corregida en Id. *Las piezas del Derecho*, cit.
15. Cfr. L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.
16. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1993, cap. XXX; Id., "Principi di diritto", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, Tratado cit., Milano, 1994.
17. R. Guastini, "Sui principi di diritto", cit., 615.
18. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, cap. XIII; trad. cast. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, a cargo de J.L. de los Mozos, Madrid, 1975, cap. XIII. Cfr. también F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", en *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991.

19. Se denominan "deónticos" los enunciados en cuya formulación se emplea el verbo auxiliar "deber". Un "imperativo" es un enunciado en el que se emplea un verbo (que designa una acción) conjugado en modo verbal imperativo.
20. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit, cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
21. O "reglas finales", en la terminología de G. Brunetti, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913 (reed. litográfica, Camerino, 1979).
22. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit, cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
23. Las normas –se dice– «son aplicables en la forma del todo-o-nada»; si se dan las circunstancias previstas por una norma, entonces la consecuencia jurídica se sigue «automáticamente»; los principios, por su parte, «no indican consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se dan las condiciones previstas»; así, la aplicación de un principio supone siempre un elevado grado de discrecionalidad (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. 2; trad. cast., *Los derechos en serio*, cit., cap. 2). Al respecto, cfr. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1978, parte II; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, espec. cap. VII; A. Pintore, *Norme e principi.Una critica a Dworkin*, Milano, 1982; M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, 1984; S. Bartole, "In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980; R. Guastini, "Due note di teoria del diritto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981.
24. Según M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Tre approcci ai principi di diritto", cit., 14 (trad. cast., *Las piezas del Derecho*, cit., págs. 8 y 9), «pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una conducta, pero [...] los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. [...] [M]ientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas». Cfr. también R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 5, 1988.
25. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., cap. 2; trad. cast., *Los derechos en serio*, cit., cap. 2; L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", cit.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid,1993, 81 ss.
26. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Norma giuridica", en *Analisi e diritto*, 1996; trad. cast. "Norma jurídica", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, 1996.
27. Excepto las previstas expresamente por otras normas, que son finitas y susceptibles de una enumeración completa. Bien visto, toda excepción es un fragmento de la norma de que se trate. Y una formulación "completa" de la norma debería enumerar todas las excepciones. Supongamos que una disposición D_1 establezca que "Si A entonces Z" y una segunda disposición D_2 establezca a su vez "Si B entonces no Z". ¿Qué sucede cuando las dos circunstancias A y B se presentan juntas? Si se sostiene que D_2 establece una excepción a D_1 (*lex specialis derogat generali*), entonces la solución será D_3: "Si A y no-B, entonces Z". Esto es como decir que D_1 y D_2 son fragmentos de una única norma. O, dicho de otra forma, D_1 expresa una norma incompleta: solo D_3 constituye la norma completa. Así, la formulación apropiada de la norma en cuestión no es D_1 sino D_3.
28. Cuando se trata de un principio, las excepciones no son susceptibles de una enumeración exhaustiva.

29. Cfr. W.D. Ross, *The Right and the Good* (1930), Oxford, 1961; trad. cast. *Lo correcto y lo bueno*, a cargo de L. Rodríguez, Salamanca, 1994.
30. «Los principios son aquellas normas que son consideradas por el legislador, la doctrina y/o la jurisprudencia como el *fundamento* (en uno de los posibles sentidos del término [...]) de un conjunto de otras normas» (C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 262).
31. Se puede decir que una norma constituye el "fundamento" de otras normas –y es, por esto, un "principio"– en muchos sentidos distintos; de ellos, al menos dos merecen ser mencionados. En un primer sentido, una norma N_1 es el fundamento de otra norma N_2 cuando N_1 es más general que N_2, de modo que ésta puede ser deducida lógicamente de N_1 (como suele decirse, la norma N_2 constituye una "expresión", "especificación" o "aplicación" del principio N_1). En un segundo sentido, una norma N_1 es el fundamento de otra norma N_2 cuando N_2 constituye una "implementación" de N_1; esto sucede cuando N_1 es una norma teleológica, es decir, una norma que prescribe la obtención de una finalidad y N_2 es un medio para obtener ese fin. Se podría añadir que, en un tercer sentido, una norma N_1 es el fundamento de otra norma N_2 cuando N_1 es una norma de competencia y N_2 proviene de la autoridad instituida por N_1; en este caso, sin embargo, el término "principio" en referencia a N_1 no parecería apropiado.
32. Sobre la fundamentación de las normas se puede ver: G.H. von Wright, "The Foundation of Norms and Normative Statements", en Id., *Practical Reason*, Ithaca, New York, 1983; L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986; R. Guastini, "Principi di diritto", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, cit., 340.
33. Véase, por ejemplo, el artículo 117.1, const. it.
34. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., 262. Cfr. V. Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit.
35. Lo que no excluye, obviamente, que sobre el valor de muchas normas pueda haber (y de hecho lo haya) un acuerdo amplio o incluso unánime.
36. F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 14 ss.; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, II ed., Torino, 1990, 229 ss.
37. Cfr. Tribunal const. it., 6/1956: «Se deben considerar como principios del ordenamiento jurídico aquellas orientaciones y aquellas directivas de carácter general y fundamental que se pueden obtener de la conexión sistemática, de la coordinación y de la íntima racionalidad de las normas que vienen a formar, en un determinado momento histórico, el tejido del ordenamiento jurídico vigente». Cfr. también Tribunal const. it., 1107/1988, donde se habla de «orientaciones o criterios directivos de un alcance tan amplio o tan fundamentales que pueden deducirse, normalmente, sólo de la regulación legislativa relativa a diversos sectores materiales [...] o, excepcionalmente, de materias particulares, siempre que, en este último caso, el principio se dirija a garantizar el respeto de valores supremos, situables al nivel de las normas de rango constitucional o de las de inmediata ejecución de la Constitución».
38. Cfr., por todos, G. Del Vecchio, "Sui principi generali del diritto", en *Archivio giuridico*, 1921, 39 ss.
39. Al respecto: N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, espec. 266 ss.; G. Alpa, *I principi generali*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1993, cap. IV.

40. Según F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 2, todos los principios son, «por su naturaleza *implícitos* [...] aunque nada impide que sean explicitados en enunciados normativos». Cfr. también A. Franco, "I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento", en F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1988, 233 ss. Como puede un principio ser "implícito" y, sin embargo, al mismo tiempo "explicitado" me resulta oscuro.
41. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, 309 ss.
42. La expresión es de V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, V ed., Padova, 1984. Cfr. también R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, introducción.
43. La identificación de la *ratio* de una norma, por otra parte, constituye un paso indispensable a la hora de una eventual aplicación analógica de la propia norma. Cfr. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
44. M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, cit., 320 ss.
45. W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, II ed., London, 1982, cap. 8.
46. Conviene observar, entre paréntesis, que el procedimiento intelectual que se menciona con el nombre de inducción no es un procedimiento lógico y, por tanto, lleva a resultados inevitablemente discutibles: de una norma que prohiba maltratar a los pollos se puede pasar indiferentemente a uno u otro de estos principios: está prohibido maltratar a los animales de granja; está prohibido maltratar a las aves; está prohibido maltratar a los animales en general; está prohibido maltratar a los seres vivos. Cfr. W. Twining, D. Miers, *How to Do Things with Rules*, cit.; también P. Comanducci, "Di un aproccio multiprospettico in teoria del diritto", en *Analisi e diritto*, 1991, espec. 121 ss.
47. V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VI; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., cap. VI.
48. Obviamente, las disposiciones que explícitamente se presentan como principios se distinguen de las disposiciones que no expresan por sí mismas principios (al menos, no necesariamente), pero que de algún modo hacen referencia a principios. Son ejemplos de ello, el art. 117.1, const. it. y el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it., de los que ya hemos hablado.
49. Cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 262 ss.
50. Cfr. R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, cit., espec. 192 ss.; S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 525 ss.
51. Ya que no hay razones *lógicas* para hacerlo.
52. «También los principios que emergen de fuentes de rango no primario, como son las normas de un reglamento de ejecución de una ley, pueden elevarse a principios generales del ordenamiento, de modo que constituyan un procedimiento de integración normativa distinto del procedimiento analógico» (TAR Basilicata, 18.6.1985, n. 130, en *TAR*, 1985, I, 3053).
53. Puede verse un inventario de los principios generales expresados en la constitución en F. Modugno, "Principi generali dell'ordinameno", cit., 17 ss.
54. En realidad, se puede dudar de que las Regiones (al menos en el ámbito de la potestad legislativa "compartida") estén autorizadas a dictar normas no ya de "detalle" sino también de "principio".

55. S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", cit., espec. 508 ss.; F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 10 ss.
56. Al respecto: A. Reposo, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Padova, 1972; G. Volpe, "Commento all'art. 139", en G. Branca (ed.), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali*, arts. 134-139, Bologna-Roma, 1981, 729 ss.
57. Cfr. C. Mortati, "Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale" (1952), en C. Mortati, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 3 ss.; Id., "Costituzione (dottrine generali e costituzione della repubblica italiana)", en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 139 ss.; F. Basanini, *I limiti della revisione costituzionale*, Milano, 1967; P. Barile, U. De Siervo, "Revisione della Costituzione", en *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, Torino, 1968; G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1984 (reed.); P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Cosituzione italiana*, Milano, 1972; Id., "Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana", en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, 2097 ss.; S.M. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972; Id., "Revisione costituzionale", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, 134 ss.; Id., *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, II ed., Torino, 1992; F. Modugno, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 1649 ss.
58. Tribunal const. it. 1146/1988.
59. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Comentario del Código civil editado por A. Scialoja y G. Branca, Disposiciones sobre la ley en general, arts. 1-9, Bologna, 1977, cap. IV; F. Sorrentino, "I principi generali dell'ordinamento giridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", en *Diritto e società*, 1987, 181 ss.; A. Pizzorusso, "I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica", en *I principi generali del diritto (Atti dei convegni lincei, 96)*, Roma, 1992, 239 ss.; S. Bartole, "Principi generali del diritto (diritto costituzionale)", cit.
60. Sobre la variedad de relaciones *lato sensu* jerárquicas entre normas me remito a R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. IV.
61. L. Paladin, *Diritto regionale*, V ed., Padova, 1992, espec. 96 ss.
62. Obsérvese que los principios en cuestión son configurados por la constitución como principios explícitos, formulados en específicas leyes estatales (leyes "de principio", precisamente). No obstante, el art. 9.1, ley 62/195 (modificado por el art. 117, *in fine*, ley 281/1970) prevé y regula la hipótesis de que, por omisión del legislador estatal, los principios en cuestión no sean expresamente formulados en leyes *ad hoc* y deban, en cambio, ser derivados "como implícitos" de otras leyes.
63. Cfr. art. 17, *Regio decreto legislativo* 455/1946, convertido en ley const. 2/1948, Estatuto de la Región Siciliana; art. 3, ley const. 3/1948, Estatuto especial para la Sardegna; art. 2, ley const. 4/1948, Estatuto especial para el Valle de Aosta; arts. 4 y 5, D.P.R. 670/1972, Texto único de las leyes consts. relativas al Estatuto especial para el Trentino-Alto Adige.
Al respecto: Tribunal const. it. 6/1958, 116/1957, 123/1957, 24/1957, 87/1962, 12/1965, 23/1978, 187/1981, 40/1982, 1107/1988. Cfr. F. Modugno, "Principi generali dell'ordinamento", cit., 16.
64. Al respecto cfr. G. Amato, "Principi di tecnica della legislazione" en M. D'Antonio (ed.), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, 47 ss.
65. Acerca de la noción de interpretación conforme cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 381 ss.

66. En la jurisprudencia, la interpretación conforme es fuertemente recomendada en presencia de jerarquías materiales (entre constitución y ley, entre ley y reglamento), pero también en presencia de jerarquías estructurales (entre ley de delegación y decreto delegado): «Entre diversas interpretaciones posibles de la norma, el juez debe escoger la interpretación que considere conforme con la Constitución» (Tribunal const. it., 63/1989); «Entre dos posibles interpretaciones de una norma legislada es preciso escoger aquella más conveniente para la legitimidad de la norma» (Cons. Stato, sección V, 11.7.1975, n. 1024, en *Consiglio di Stato*, 1975, I, 903); «Las disposiciones contenidas en actos subordinados a la ley deben ser interpretados adecuando, en cuanto sea posible, su sentido al sentido de las normas legislativas vigentes. Esta es la consecuencia tanto del axioma según el cual el ordenamiento normativo debe ser postulado, en sede interpretativa y aplicativa, como una totalidad unitaria, como del principio de conservación de los valores jurídicos, que induce a presumir que una disposición no sea declarada ilegítima mientras sea posible identificar un significado de la misma conforme con las leyes» (Tribunal const. it., 559/1988); «Cuando la norma de un decreto delegado dé lugar a dudas exegéticas, debe prevalecer la interpretación que se adecue al precepto constitucional que exige la conformidad de la ley delegada con los criterios rectores de la ley de delegación» (Cass., 12.7.1984, n. 4092, en *Foro amministrativo*, 1984, 4093); «Las normas reglamentarias de ejecución deben ser interpretadas en estricta conexión con las disposiciones legislativas a cuya ejecución son preordenadas; por tanto, donde se perfile la posibilidad de una interpretación no unívoca de la norma reglamentaria, debe necesariamente atribuirse a la misma el significado que no esté en conflicto con la disposición legislativa de base» (Cons. Stato, 2.3.1968, n. 207, en *Foro amministrativo*, 1968, I, 2, 1595).
67. Acerca de la noción de jerarquía axiológica: R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 42 ss.
68. Cfr., p. ej., Cass. 22.4.1975, n. 1575, en *Giurisprudenza civile*, 1975, I, 1986: «Dado el carácter excepcional de la suspensión del canon según el cual la ley sólo regula las acciones futuras, la voluntad del legislador dirigida a ejecutarla, donde no esté explícitamente afirmada, puede ser obtenida por el intérprete sólo si el significado de la norma es incompatible con el destino normal de la ley a regular únicamente las acciones futuras».
69. Tribunal const. it., 152/1982, 292/1984.
70. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 270 ss.
71. Obsérvese que en el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. la referencia a los principios es, por decirlo así, doble. En efecto, la disposición en examen prescribe dos procedimientos distintos para colmar las lagunas: por un lado, la aplicación analógica de normas particulares; por otro, la aplicación de los principios generales. Sucede que también la aplicación analógica de una norma específica supone la búsqueda de un principio: precisamente, del principio que constituye la razón, el fin, el motivo (la *ratio*, como suele decirse) de la norma en cuestión. Por tanto, cuando el derecho presenta una laguna, el intérprete está autorizado por el art. 12.2, disp. prel. cod. civ. it. a colmarla recurriendo: a un principio "particular" que sea el fundamento de una norma específica (denominado *ratio legis*) o, a falta de éste, a un principio "general", que sea el fundamento de todo un grupo de normas. En un caso, se suele decir, la laguna es colmada mediante analogía *legis*; en el otro, es colmada mediante analogía *juris*.
72. Al respecto cfr. G. Alpa, *I principi generali*, cit., 197 ss.
73. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, espec. cap. V; J. Wroblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtst-*

heorie, 1974, n. 1; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torno, 1992, 195 ss.

74. R. Guastini, "Osservazioni in margine", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, cit., 197 ss.
75. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 285 ss.
76. Sobre la noción de enunciado interpretativo: R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., introducción.
77. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, espec. cap. VIII; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. XXVI.
78. Se entiende que, cuando el juez aplica un principio implícito, integra el derecho doblemente: por un lado, elaborando el principio en cuestión; por el otro, elaborando, a partir de él, la norma específica que hace de premisa mayor del silogismo decisorio.
79. Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, § 26; trad. cast., *Sobre el Derecho y la Justicia,* a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994, § 26; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 143 ss.
80. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 87 ss. Cfr. también R. Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, UNAM, Cuadernos de Crítica, 5, México D.F., 1977, ahora en Id. *Los derechos en serio*, cit, cap. II: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., espec. 167 ss.; trad. cast., *El derecho dúctil*, cit., espec. 122 ss.; L. Mengoni, "I principi generali del diritto e la scienza giuridica", en *I principi generali del diritto*, cit., 317 ss. Al respecto, L. Prieto, *Sobre principios y normas*, cit., 32 ss. En la literatura de filosofía moral: W.D. Ross, *The Right and the Good*, cit.; trad. cast., *Lo correcto y lo bueno*, cit.
81. Cfr. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 412 ss. La lista no incluye el denominado "principio de competencia", ya que ese principio, en realidad, no tiene ninguna autonomía respecto del principio jerárquico o "lex superior".
82. En lo que sigue me valgo de C.E. Alchourrón, "Defeasible Norms and Prima Facie Obligations", conferencia pronunciada en el Istituto di filosofia e sociologia del diritto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, el 13 de junio 1995 (inédita) (N. del T. Del mismo autor pueden consultarse acerca de este tema los trabajos sí publicados: "Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals", en J.J. Meyer, R.J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specification*, New York, 1993; "Detachment and Defeasibility in Deontic Logic", en *Studia Logica*, 57, 1996, 5-18; "Para una lógica de las razones prima facie", en *Análisis filosófico*, 16, 1996, 113-124). Cfr. también Id. "On Law and Logic", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1995, 2 (17th IVR World Congress, Bologna, 16-21 june, 1995, Challenges to Law at the End of 20th Century, II. Plenary and Parallel Sessions), 8 ss., espec. 15 ss.; ahora en *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, 1996.
83. Sobre las tendencias del Tribunal constitucional, cfr., por todos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. Parodi, "In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale", *Diritto pubblico*, 1, 1995.
84. A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 26; trad. cast., *Sobre el Derecho y la justicia,* cit., § 26.
85. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 42 ss.

VI

'Derechos'

1. El derecho y los derechos

El objeto de este capítulo es realizar un análisis de los discursos en términos de 'derechos'. Obviamente, pueden encontrarse enunciados en términos de 'derechos' tanto en el lenguaje "del" derecho, esto es, en el lenguaje de las fuentes normativas, como en el lenguaje "sobre" el derecho, es decir, en el lenguaje de los juristas. Sin embargo, no me ocuparé del lenguaje de las fuentes: mi análisis se limitará al lenguaje de los juristas.

Comenzaré con una distinción absolutamente banal, probablemente innecesaria, pero que obedece a razones sistemáticas.

El vocablo 'derecho' (igual que 'droit', 'diritto', 'Recht', etcétera) es habitualmente empleado con diversos significados en contextos distintos. Aquí interesa llamar la atención sólo sobre dos de esos significados.

Para comprender la distinción, es suficiente con observar los dos enunciados siguientes:

1) 'El derecho italiano prohibe el homicidio'

2) 'Todos los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas'

En el primer enunciado, el vocablo 'derecho' se refiere a un conjunto de reglas o normas: lo que se suele llamar "el derecho objetivo" (en inglés "the law"). En el segundo, el mismo vocablo se refiere, en cambio, a un atributo propio de algunos sujetos: lo que se suele llamar "el derecho subjetivo" (en inglés: "a right").

El adjetivo 'jurídico' corresponde al sustantivo 'derecho' en la primera acepción (se denomina 'jurídica' a toda cosa perteneciente al derecho objetivo o, en todo caso, relativa a él). En cambio, al mismo sustantivo en la segunda acepción no le corresponde ningún adjetivo.

Se puede también subrayar la diferencia del siguiente modo: el plural de 'derecho' en la primera acepción es 'ordenamientos (o sistemas) jurídicos'; el plural de 'derecho' en la segunda acepción es 'derechos'.

Típicamente, un derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo. Tener un derecho subjetivo ante cierto sujeto significa poder pretender de ese sujeto un comportamiento dado: y éste es el "contenido" del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en suma, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.

Los derechos son, entonces, atributos que corresponden a sujetos, y en particular, a sujetos humanos. Bien entendido, los derechos no son atributos "naturales", como la estatura o el bigote: son atributos "artificiales". En otras palabras, los derechos son cualidades que los humanos tienen si, y cuando, les son atribuidas. ¿Atribuidas por quién o por qué? Pues bien, los derechos no son atribuidos a los hombres sino por normas: típicamente (pero no necesariamente) por normas jurídicas, es decir, por el derecho objetivo.

Parecería natural concluir que esta segunda acepción de 'derecho' es lógicamente dependiente de la primera: los hombres tienen derechos subjetivos en virtud del derecho objetivo. Pero, como veremos, esta conclusión no se adecua al lenguaje común, que admite la existencia de derechos conferidos por normas no jurídicas (y, por tanto, no dependientes del derecho objetivo).

2. ¿Qué es un derecho?

En mi opinión, en enunciados del tipo 'Tengo derecho a decir lo que pienso', 'Todos tienen derecho a un trato igual' y similares, el vocablo 'derecho' designa una *pretensión justificada*. En general, en todas sus ocurrencias, el término 'derecho'

–usado en la segunda acepción, es decir, en sentido subjetivo– puede ser sustituido sin pérdida de significado por la expresión 'pretensión justificada'.

Quisiera subrayar que son dos los elementos que integran la noción de 'derecho' (en sentido subjetivo): *a*) una pretensión ("claim") y *b*) una justificación que otorga fundamento a la pretensión. Una pretensión "infundada", privada de justificación, no puede denominarse "derecho"; no sería apropiado usar el vocablo 'derecho' para referirse a una pretensión infundada.

Ahora bien, ¿qué puede justificar o fundar un derecho? Una norma, naturalmente (y nada más). De este modo, la noción de 'derecho' (en sentido subjetivo) resulta, por decirlo así, de la combinación de un elemento "subjetivo", una pretensión, y de un elemento "objetivo", una norma. Los derechos, en fin, son *relativos*: relativos a una norma o a un sistema de normas que los confiere.

Si se está de acuerdo en esto, se tiene que acordar que la idea de un derecho "absoluto" –esto es, de un derecho no fundado en un sistema normativo determinado– es autocontradictoria.

3. Variedad de fundamentos

Un derecho (subjetivo), por definición, debe estar justificado por, o fundado en, una norma. Pero, naturalmente, las normas que fundamentan los diversos derechos pueden pertenecer a sistemas normativos distintos.

Puede ser útil distinguir, dentro de la clase de los sistemas normativos, dos subclases:

a) la subclase de los sistemas normativos jurídicos positivos, y

b) la subclase de los sistemas normativos no jurídicos y, por tanto, "morales" en sentido lato (por ejemplo, la moral cristiana, la moral musulmana, pero también la doctrina política marxista, la doctrina política liberal, el denominado "derecho natural" en una u otra de sus infinitas configuraciones, etcétera).

Esta simple distinción nos permite introducir una distinción ulterior, que reviste una importancia fundamental. Es ésta:

1) Algunos derechos están fundamentados en normas jurídicas positivas: podemos denominarlos "derechos positivos" (en inglés "legal rights").

2) Otros derechos están fundamentados en normas no jurídicas (o en todo caso, no positivas): podemos denominarlos derechos "morales" ("moral rights") o "naturales" o "no positivos".

(Dejo sin resolver la clásica cuestión de si el llamado "derecho internacional público", esto es, el conjunto de normas que regulan las relaciones entre estados, debe ser computado entre los sistemas jurídicos positivos o si, en cambio, debe ser considerado como un tipo de ordenamiento moral.)

Quisiera subrayar que el concepto de "derechos morales", contrariamente a lo que algunos sostienen, no es autocontradictorio. Los derechos subjetivos no son necesariamente derechos positivos. Un derecho subjetivo puede llamarse perfectamente "moral" cuando encuentra su justificación en una norma o en un sistema de normas morales.

No obstante, es verdad que en el lenguaje común el vocablo 'derecho' (usado en sentido subjetivo) presupone habitualmente una referencia al derecho objetivo, esto es, a un sistema de normas positivo. Es quizás (también) por esta razón que el adjetivo 'jurídico' colocado junto al sustantivo 'derecho' suena –al menos en algunas lenguas– pleonástico. Sin embargo, esta forma de expresarse supone una doctrina; precisamente la doctrina que se denomina "positivismo jurídico". Es una doctrina difundida en el pensamiento jurídico moderno; una doctrina que yo mismo comparto; pero, no obstante, sólo una doctrina: en fin, una forma de pensar históricamente condicionada, contingente.

4. El prejuicio positivista

El positivismo jurídico está en la base de muchas actitudes habituales en materia de derechos. Veamos dos ejemplos.

1) A veces se discute si un determinado derecho (subjetivo) es un "verdadero" derecho. La controversia, bien entendida, puede tener por objeto tres cuestiones distintas (o una combinación de ellas):

a) la cuestión de si ese derecho está fundado o justificado;

b) la cuestión de si ese derecho está fundado en un determinado ordenamiento jurídico positivo;

c) la cuestión de si ese derecho es "justiciable", es decir, susceptible de hacerse valer en sede jurisdiccional.

Pues bien, la primera cuestión hace referencia simplemente al uso apropiado del término en cuestión (como hemos visto, no sería apropiado llamar "derecho" a una pretensión injustificada). La segunda y la tercera cuestión, en cambio, surgen de un prejuicio positivista: esto es, precisamente, de la idea de que no puede existir ningún derecho (subjetivo) que no sea conferido por normas jurídicas positivas y que, por tanto, no sea susceptible de tutela jurisdiccional (obsérvese con cuidado, sin embargo: todos los derechos tutelados en sede jurisdiccional son, necesariamente, derechos positivos; pero no todos los derechos positivos son, sólo por ello, tutelados en sede jurisdiccional).

2) Normalmente, la reivindicación de un derecho moral o "natural" no tiene otro objetivo que conseguir que el derecho en cuestión sea "positivizado", esto es, reconocido y garantizado por el derecho positivo. En otras palabras, quien reivindica un derecho moral, en la mayor parte de los casos, realiza una acción política tendente a cambiar el ordenamiento jurídico positivo vigente.

También esto es fruto de un prejuicio positivista que, evidentemente, es compartido incluso por los iusnaturalistas (y no sin razón, como veremos enseguida). Si los derechos morales no-positivos son derechos en sentido pleno, ¿para qué preocuparse en obtener su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico positivo?

5. Las fuentes de los derechos positivos

Los derechos positivos pueden ser útilmente distinguidos según el tipo de fuente de la que emanan. Por ejemplo, podemos decir:

1) son derechos "constitucionales" aquellos conferidos por la constitución;

2) son derechos "legales" aquellos conferidos por la ley;

3) finalmente, son derechos "contractuales" aquellos que nacen de los contratos (o de actos similares de autonomía privada).

En general, los derechos constitucionales son conferidos a los individuos ante el estado ("contra el estado") y, en este sentido, son derechos subjetivos "públicos"; mientras que los derechos contractuales son derechos conferidos a un individuo ante otro individuo privado y, en ese sentido, podemos llamarlos derechos subjetivos "privados".

Quizás no sea necesario subrayar, por otra parte, que la distinción entre derechos constitucionales y derechos legales no tiene razón de ser en sistemas jurídicos que están regidos por una constitución flexible: dado que en tales sistemas, la constitución no es jerárquicamente superior a la ley (ordinaria) y, por tanto, puede ser modificada, derogada, o suspendida por la ley (ordinaria); así, los derechos constitucionales no gozan de ninguna protección especial o garantía frente al legislador.

En cambio, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales reviste una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con constitución rígida. Esto es así, porque si la constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella y, en consecuencia, no está autorizada para modificar de ningún modo las normas constitucionales. En esas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, suspendido, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (que, en cambio, sí pueden suprimir un derecho legal).

En otros términos, en los sistemas con constitución rígida, los derechos subjetivos conferidos por la constitución (o por una ley formalmente constitucional) se caracterizan por una particular capacidad de "resistencia", por una protección completamente especial. Son derechos que el legislador ordinario (en cuanto que distinto del legislador constituyente o constitucional) no está autorizado a limitar, suspender, modificar o suprimir.

Debe advertirse, por otra parte, que en la doctrina pueden encontrarse (al menos) dos conceptos distintos de 'constitución rígida' (y consecuentemente, de 'constitución flexible'):

a) Algunos llaman rígida (en sentido débil) a toda constitución (escrita) que establezca un procedimiento "agravado" de revisión constitucional: una constitución que no pueda ser modificada por la ley (ordinaria).

b) Otros, llaman rígidas (en sentido fuerte) sólo a aquellas constituciones (escritas) que, además de establecer un procedimiento "agravado" de revisión constitucional, establecen un ór-

gano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes (ordinarias): en ausencia de ese control, en efecto, la superioridad jerárquica de la constitución no está garantizada, está privada de toda sanción.

6. "Verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel"

Lo que hemos dicho hasta aquí respecto de las constituciones flexibles nos conduce a otra distinción. Para introducirla, es necesario, sin embargo, adelantar una precisión más: una cosa es *conferir* un derecho y otra *garantizarlo*.

Para conferir un derecho es suficiente una norma redactada, precisamente, como norma atributiva de derechos (por ejemplo: 'Todos tienen derecho a profesar su propia fe religiosa'). Para garantizar un derecho no es suficiente atribuirlo: es necesario también establecer instrumentos aptos para protegerlo. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Sólo puede ser establecida por otra norma ("secundaria") que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera o bien prevea remedios para el caso de que la primera sea violada.

En los ordenamientos jurídicos modernos, los derechos son garantizados –típicamente, pero no exclusivamente– en sede jurisdiccional. (No exclusivamente, dado que los derechos pueden ser, y a menudo son, también garantizados mediante instrumentos de otra naturaleza; en general, funcionan como garantía de los derechos todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes).

Por otra parte, la tutela jurisdiccional de un derecho presupone, a su vez, al menos dos cosas:

a) que el derecho en cuestión tenga un contenido preciso;

b) que el derecho en cuestión pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto no menos preciso (una "contraparte").

En resumen, un derecho de un determinado sujeto es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, le corresponde un deber de otro sujeto bien determinado y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.

Sobre esta base, podemos distinguir los "verdaderos" derechos de los derechos "sobre el papel".

1) Son "verdaderos" derechos aquellos que responden conjuntamente a tres condiciones: (a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; (b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado; (c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.

2) Son derechos "sobre el papel" –derechos ficticios– todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones.

Como es obvio, todos los derechos morales o "naturales" –no reconocidos por un ordenamiento positivo– son por eso mismo derechos "sobre el papel". Pero la distinción entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel" no se superpone exactamente a la distinción entre derechos morales y derechos positivos: ya que también un derecho (subjetivo) positivo puede ser perfectamente un derecho "sobre el papel". Este el caso de los denominados "derechos sociales", como veremos enseguida.

7. Derechos fundamentales

Es habitual denominar "fundamentales" a algunos derechos con el objetivo de subrayar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el vocablo 'fundamental' no significa simplemente importante. La expresión 'derechos fundamentales' parece contener en sí misma dos matices de significado: por un lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *fundamentan* el sistema jurídico; por otro lado, se llaman fundamentales aquellos derechos que *no requieren fundamento en el* sistema jurídico. El primer matiz supone una doctrina positivista del derecho; el segundo, una doctrina iusnaturalista.

1) En primer lugar, se denominan fundamentales aquellos derechos que descansan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales.

En el pensamiento jurídico moderno, se consideran "normas fundamentales" de cada sistema jurídico las normas "materialmente" constitucionales.

Se llaman "formalmente" constitucionales todas las normas (y sólo ellas) incluidas en un documento constitucional. Se denominan "materialmente" constitucionales todas las normas

que, aun no estando incluidas en un documento constitucional (ya sea porque no exista una constitución escrita, ya sea porque las normas en cuestión estén incluidas en simples leyes ordinarias), se refieren sin embargo a la "materia" constitucional: esto es, tienen el contenido típico de las constituciones, de modo que podrían o quizás deberían estar escritas en una constitución. En general, se consideran materialmente constitucionales todas aquellas normas que: (a) por un lado, regulan las relaciones entre el estado y los ciudadanos; (b) por el otro, y por eso mismo, versan sobre la organización de los poderes públicos.

Evidentemente, pertenecen a esta categoría las normas que confieren derechos a los individuos *contra el estado*, "derechos subjetivos públicos", como se suele decir.

Así, pues, se denominan 'fundamentales' los derechos constitucionales de los ciudadanos frente al estado. Son formalmente constitucionales aquellos derechos que están consagrados en una constitución escrita. Son materialmente constitucionales aquellos derechos que, a pesar de no estar establecidos en un documento constitucional, se refieren a las relaciones entre el estado y los ciudadanos y, por ello, inciden sobre la organización de los poderes públicos.

2) En segundo lugar, se denominan 'fundamentales' aquellos derechos que no requieren a su vez fundamento o justificación: al menos, no requieren ningún fundamento jurídico positivo, ya que descansan sobre normas cuya validez es "autoevidente", es decir, es previa al ordenamiento jurídico positivo e independiente de él. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o "naturales".

Como puede verse, en la noción de 'derechos fundamentales' se combinan ideas iuspositivistas y iusnaturalistas. Los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, derechos constitucionales (al menos "materialmente" constitucionales") y derechos morales.

Está claro que, habitualmente, la clase de los derechos fundamentales coincide perfectamente con la clase de los derechos que se consideran "inviolables": obviamente, no en el sentido de que no pueden ser violados sino en el sentido de que *no deben* ser violados.

En contextos de filosofía jurídica o política, la expresión 'derechos inviolables' se refiere típicamente a derechos morales o

“naturales”, previos al ordenamiento jurídico positivo e independientes de él: derechos que el estado no puede violar en ningún caso (es más, derechos que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger, allí donde no estén ya reconocidos y protegidos).

Sin embargo, en el contexto de un documento constitucional (en particular: en el contexto de una constitución rígida) y en contextos de dogmática constitucional, la expresión ‘derechos inviolables’ puede también asumir un significado técnico-jurídico: son inviolables aquellos derechos (positivos, conferidos por la constitución) que están sustraídos a la revisión constitucional.

8. El contenido de los derechos fundamentales

Como ya se ha dicho, el contenido de un derecho conferido a un determinado sujeto no es otra cosa que una obligación de otro sujeto. Así, pueden distinguirse los derechos fundamentales según sea su contenido una obligación de hacer o de omitir. Recuérdese que los derechos en cuestión son derechos contra el estado: de lo que hablamos, pues, son de acciones u omisiones por parte de los órganos del estado (el legislador, la administración pública). Pues bien:

1) Por un lado, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del estado: es el caso de los derechos que se suelen denominar “sociales”, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, etcétera.

2) Por otro lado, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (una abstención) del estado: es el caso de los derechos de libertad (las “libertés publiques” de la doctrina francesa), como la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de asociación, etcétera.

Es necesario decir que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales –como los derechos morales– son derechos “sobre el papel”, no justiciables. Las disposiciones que, en muchas constituciones contemporáneas, confieren derechos sociales están redactadas de una forma engañosa: son formuladas como

normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún "verdadero" derecho. La razón, banal, de ello es que, habitualmente, los derechos sociales no tienen un contenido preciso ni están dirigidos a una "contraparte" precisa. Por ejemplo: ¿a quién debería citar en juicio quien pretendiera ejercer su "derecho al trabajo"? y ¿qué debería exactamente pedir al juez?

Así pues, en general, para hacer justiciables los derechos sociales es necesario reducir su elevado grado de indeterminación. Esto sólo puede hacerse dictando normas que precisen el contenido del derecho y los sujetos destinatarios de la obligación correspondiente. En fin, para reducir la indeterminación de los derechos sociales es necesaria la intervención del legislador. Es por esta razón que las disposiciones que confieren derechos sociales son comúnmente interpretadas como normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador: normas, pues, que obligan –o más bien, "recomiendan"– al legislador a realizar un determinado programa de reformas económico-sociales o a perseguir una determinada finalidad.

Por otra parte, el legislador, aunque tenga la obligación de perseguir una determinada finalidad, no tiene, sin embargo, ninguna obligación precisa respecto a la elección de los medios (de un medio determinado entre los muchos que podrían ser empleados para perseguir la finalidad en cuestión).

Además, en los sistemas jurídicos modernos, el legislador no puede ser obligado a legislar. Es verdad que, si la constitución es rígida (en sentido fuerte), el juez constitucional puede anular toda ley que viole un derecho social. Pero ningún juez puede anular la inexistencia de una ley (o bien una ley inexistente). La omisión de proveer, por parte del legislador, está privada de cualquier sanción.

9. Derechos humanos

Las expresiones 'derechos humanos' y 'derechos del hombre' adquieren sentido por la oposición (y en la oposición): hombre vs. ciudadano. En este contexto, sin embargo, el vocablo 'ciudadano' puede asumir dos significados distintos:

a) Primer significado: es ciudadano aquél que no es extranjero, aquél que, en el ámbito de un sistema jurídico determinado, ha adquirido la ciudadanía en sentido técnico-jurídico.

b) Segundo significado: es ciudadano todo miembro de la "sociedad civil", en cuanto distinta de, y opuesta a, la "sociedad política", es decir, el estado (el ordenamiento jurídico). En el ámbito de algunas doctrinas, en realidad, la expresión "sociedad civil" (contrapuesta a "estado de naturaleza") es sinónimo de 'estado'. Pero en el contexto que ahora nos interesa, la sociedad civil es más bien la sociedad que existe (se supone) antes que el estado o de forma absolutamente independiente de él.

Así pues, la expresión 'derechos humanos' puede ser usada en dos contextos doctrinales distintos.

1) En un contexto iuspositivista –esto es, cuando se refiere a un sistema jurídico determinado y se emplea el término 'ciudadano' en sentido técnico– los derechos del hombre son derechos universales en el marco del sistema jurídico de que se habla: derechos que la constitución confiere no sólo a los ciudadanos (como, por ejemplo, el derecho de voto) sino a todos los hombres a los que el sistema jurídico es aplicable.

2) En un contexto iusnaturalista, los derechos humanos son derechos que pertenecen a todos los hombres antes del estado e independientemente de él. Son, pues, derechos morales o "naturales": como tales –como ya se ha visto– derechos "sobre el papel".

10. Discursos prescriptivos en términos de 'derechos'

Normalmente, se habla de derechos en contextos de discurso prescriptivo. El término en cuestión aparece típicamente en enunciados prescriptivos (del tipo 'Yo tengo derecho ...', 'Todos tienen el derecho de ...') dirigidos a *reivindicar* derechos.

a) Unas veces –cuando se hace referencia a un derecho (subjetivo) positivo que ha sido violado o que podría ser violado– se pretende reivindicar el libre ejercicio y/o la tutela (especialmente jurisdiccional) del derecho en cuestión.

b) Otras veces –cuando se hace referencia a un derecho moral o "natural"– se pretende reivindicar el reconocimiento y la protección del derecho en cuestión por parte del ordenamiento jurídico positivo.

Los enunciados prescriptivos en términos de 'derechos' no pueden calificarse, obviamente, como verdaderos o falsos.

11. Discursos descriptivos en términos de 'derechos'

Se puede hablar de derechos, sin embargo, también en contextos de discurso descriptivo o cognoscitivo: no para reivindicar un derecho sino para describir una norma o un sistema normativo que confiere el derecho en cuestión. Los enunciados descriptivos en términos de 'derechos' pueden calificarse como verdaderos o falsos. Pero, ¿en qué condiciones se puede decir que un enunciado, que afirma la existencia de un derecho, es verdadero? Esta pregunta admite distintas respuestas, por lo general condicionadas por la adhesión a diversas teorías del derecho y de la ciencia jurídica.

a) Una primera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la única condición de que exista una norma que lo confiera.

Si el derecho (subjetivo) de que se trate proviene de un sistema de normas morales no hay ningún problema. Pero si, en cambio, el derecho en cuestión es un derecho positivo, difícilmente esta respuesta resultará satisfactoria. Sólo un pensamiento jurídico ingenuo puede renunciar a la distinción entre "verdaderos" derechos y derechos "sobre el papel". Un jurista experto dirá que un derecho que es conferido, pero no garantizado, "no existe", en el sentido de que es un derecho ficticio: de forma que el enunciado que afirma su existencia es falso.

b) Una segunda respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la condición de que no sólo exista una norma que lo confiera sino también una norma (o sistema de normas) que le asegure una tutela jurisdiccional. Evidentemente, quien responde de este modo asume que únicamente los derechos positivos pueden denominarse (verídicamente) existentes.

Esta respuesta, por otra parte, supone una teoría normativista de la ciencia jurídica: esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico es describir normas (no hechos, sino normas y nada más que normas). Como tal, esta respuesta resultará insatisfactoria para quienes –desde una posición realista– sostengan que la ciencia jurídica no debe limitarse a describir normas (el "derecho en los libros"), sino que debe describir hechos; precisamente aquellos hechos que

constituyen las decisiones jurisdiccionales (el "derecho en acción").

c) Una tercera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede considerarse existente con la doble condición de que existan las normas recién mencionadas y, además, tales normas sean efectivas, es decir, realmente aplicadas por los jueces: de forma que se pueda prever que el derecho en cuestión, siempre que sea violado, recibirá efectiva tutela jurisdiccional.

Esta respuesta es propia de una teoría realista de la ciencia jurídica: esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas sino describir hechos. Desde este punto de vista, una dogmática genuinamente científica no puede limitarse a interpretar aquellos documentos normativos que constituyen las fuentes del derecho, sino que debe indagar empíricamente en qué forma son entendidas y aplicadas las fuentes del derecho por los jueces, de modo que pueda prever sus decisiones futuras.

VII

La gramática de 'igualdad'

1. Juicios de igualdad

Llamaré 'juicios de igualdad' a los enunciados provistos de la forma estándar: '*x* es igual a *y*'.

Circunscribiendo el análisis a los discursos jurídicos, puede encontrarse un juicio de igualdad tanto en el lenguaje *del* derecho como en el lenguaje *sobre* el derecho. El lenguaje del derecho es el discurso del "legislador" (entendido ampliamente): más precisamente, el discurso de las fuentes. El lenguaje sobre el derecho es típicamente el discurso de los juristas (al menos, eso se sostiene): el discurso doctrinal o dogmático, según se quiera. Cada uno de esos discursos requiere una investigación independiente.

(Aquí conviene hacer abstracción del lenguaje de los órganos de aplicación. El discurso, por ejemplo, judicial –todavía menos que el doctrinal– no se deja capturar fácilmente por la simple distinción entre el lenguaje "del" y el lenguaje "sobre" el derecho. Por otra parte, para tratar el discurso de los jueces es necesario extender el análisis desde los juicios de igualdad a los juicios de *similitud*, es decir, concretamente a los procedimientos de aplicación analógica.)

En el discurso jurídico, los términos de un juicio de igualdad pueden ser, indiferentemente, individuos o clases de individuos, supuestos de hecho o clases de supuestos de hecho. Decir que dos supuestos de hecho son iguales no es distinto de decir que son iguales todos los elementos que los componen: en consecuencia, también los individuos en ellos implicados. Para simplificar el análisis, asumiré que los juicios de igualdad se refieren a clases de individuos.

2. 'Igualdad' en el lenguaje de las fuentes

En el lenguaje de las fuentes, un juicio de igualdad expresa obviamente una norma: eventualmente una de esas normas a las que se suele atribuir el valor de "principio". Podemos convenir en llamarla 'norma de igualdad'. En general, el contenido de una norma de igualdad es la prohibición de tratar de forma diferenciada a dos sujetos o, más exactamente, dos clases de sujetos.

Una norma de igualdad, especialmente si está contenida, como ocurre a menudo, en una fuente de rango constitucional, puede dirigirse al legislador ordinario o a los órganos de aplicación. En ambos casos, estamos ante una metanorma o, como también suele decirse, una norma de "segundo grado": esto es, una norma que no regula directamente la conducta de los ciudadanos sino que versa, en cambio, sobre (la producción o la aplicación de) otras normas. En un caso, la norma de igualdad constituye una metanorma sobre la legislación: establece igualdad *en* la ley. En el otro caso, la norma de igualdad constituye una metanorma sobre la aplicación del derecho: establece igualdad *ante* (o en la aplicación de) la ley.

Una norma de igualdad dirigida al legislador ordinario no puede sensatamente prescribir al legislador tratar a *todos* (todos los individuos) del mismo modo. Asumamos, por comodidad, que toda norma de conducta es reducible, en último término, a un enunciado que adscribe una situación jurídica subjetiva (una obligación, un derecho, etcétera) a una clase de individuos. Pues bien, para decirlo con palabras de Kelsen, «sería absurdo imponer a todos los individuos exactamente las mismas obligaciones o conferirles exactamente los mismos derechos sin hacer entre ellos ninguna distinción»: sin distinguir, supongamos, entre ciudadanos y extranjeros, entre demandantes y demandados, acreedores y deudores, adultos y neonatos, poseedores y no poseedores, y así sucesivamente. Una norma de igualdad de ese tipo equivaldría a una prohibición absoluta de legislación, ya que legislar es necesariamente distinguir y, por tanto, en un cierto sentido, "discriminar".

Una eventual disposición constitucional redactada como norma de igualdad universal ("*Todos* deben ser tratados del mismo modo, sin distinción *alguna*") no puede ser sensatamente interpretada como dirigida al legislador: puede sólo ser entendida como norma dirigida a los órganos de aplicación.

El contenido de una norma de igualdad dirigida al legislador ordinario puede ser únicamente la prohibición de adoptar leyes que funden una diferencia de tratamiento sobre ciertas diferencias bien determinadas –y expresamente identificadas– como, por ejemplo, la raza, el sexo, las opiniones.

El contenido de una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación y, en particular, a los órganos jurisdiccionales, es la prohibición de tomar en consideración otras diferencias que aquellas ya consideradas relevantes por el legislador: la prohibición de distinguir (supongamos: entre trabajadores textiles y trabajadores metalúrgicos, o entre cristianos y judíos) donde el legislador no ha distinguido. En consecuencia, una norma de este tipo se reduce, muy simplemente, al mandato de aplicar ("fielmente") la ley.

De lo anterior, se podría llegar a concluir que una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación es, después de todo, perfectamente inútil. De hecho, sin embargo, no es así. La introducción de distinciones (entre supuestos de hecho o entre individuos: la cosa no cambia) diversas y ulteriores respecto de aquellas introducidas por el legislador es una técnica interpretativa muy común (que termina, obviamente, en interpretaciones restrictivas). Se entiende que a supuestos de hecho distintos les corresponden consecuencias jurídicas distintas, incluso allí donde el legislador ha omitido pronunciarse en ese sentido. Piénsese, por ejemplo, en la distinción entre error unilateral y error bilateral (extraña a lo dispuesto por el art. 1428, cod. civ. it.) o en la distinción entre actos de iniciativa gubernativa y actos de iniciativa presidencial (desconocida por el art. 89.1, const. it.) o, aún más, en la distinción entre aplicación analógica e interpretación extensiva (ignorada por el art. 14, disp. prel. cod. civ. it. y por el art. 1, cod. pen. it.). Y así sucesivamente.

Desde este punto de vista, una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación funciona como prohibición de adoptar ciertos caminos interpretativos: prohibición cuya violación es censurable en sede de control de legitimidad.

3. 'Igualdad' en el lenguaje de los juristas

En el lenguaje de los juristas, un juicio de igualdad puede tener, según las circunstancias, función prescriptiva (normativa, directiva) o descriptiva (cognoscitiva).

En un caso, el juicio de igualdad expresa una recomendación de política del derecho, que puede dirigirse, según los casos, al legislador (directiva de política legislativa, o de *iure condendo*) o al juez (directiva de *sententia ferenda*).

En el otro caso, el juicio de igualdad expresa –como suele decirse en el lenguaje de la teoría del derecho– una "proposición normativa", es decir, una proposición descriptiva (como tal, susceptible de ser verdadera o falsa) concerniente a una norma o a una pluralidad de normas. En otros términos, el juicio de igualdad '*x* es igual a *y*' transmite la información de que *x* e *y* son tratados del mismo modo por el derecho.

Por otro lado, que *x* e *y* sean tratados del mismo modo por el derecho puede significar dos cosas bien distintas. Puede significar: (a) que hay una norma que atribuye a *x* y a *y* la misma situación jurídica subjetiva; o (b) que no hay ninguna norma que atribuya a *x* y a *y* situaciones jurídicas subjetivas distintas.

En el primer caso, la proposición normativa describe el contenido de una norma de igualdad positiva. En el segundo, afirma más bien la ausencia de normas positivas diferenciadoras.

4. Sobre la 'igualdad sustancial'

En el lenguaje de los juristas, por otra parte, figuran a veces las expresiones 'igualdad formal (o jurídica)' e 'igualdad sustancial (o material, o fáctica, o social)' en oposición paradigmática. En el lenguaje legislativo, en cambio, la expresión 'igualdad sustancial' no parece tener presencia.

Cuanto se ha dicho hasta aquí sobre 'igualdad' sin ulteriores especificaciones se refería, patentemente, a la igualdad *jurídica*, esto es, a la denominada "igualdad formal", si se quiere llamar así: las locuciones 'igualdad jurídica' e 'igualdad formal', en efecto, parecen casi sinónimas (si se hace abstracción del hecho que la segunda asume a menudo connotaciones de valor, más aún, de disvalor, que son extrañas a la primera). Los juicios de igualdad sustancial ('*x* es sustancialmente igual a *y*') requieren un breve análisis independiente.

Un juicio de igualdad puede, obviamente, ser afirmativo ('*x* es igual a *y*') o negativo ('*x* no es igual a *y*'). Ahora bien, lo sorprendente es que, cuando se trata de igualdad "sustancial", los

juicios de igualdad afirmativos y los negativos no son, por decirlo así, perfectamente simétricos. Los afirmativos cumplen, a veces, una función distinta de los negativos: sostengo que éstos, a pesar de las apariencias sintácticas, no son siempre la simple negación de aquellos.

a) El enunciado según el cual dos individuos o clases de individuos *son* "sustancialmente" iguales sólo puede ser interpretado en el sentido de que tales individuos o clases de individuos *deben* ser tratados del mismo modo (ellos son, efectivamente, distintos, pero debe prescindirse de sus diferencias). Se trata, en consecuencia, de una directiva de política del derecho, dirigida, según los casos, al legislador o al juez.

En algunas circunstancias puede suceder –y frecuentemente sucede– que una directiva de este tipo se sostenga sobre una presuposición, eventualmente no explicitada: la presuposición de que esos individuos o clases de individuos son tratados de forma distinta por el derecho, esto es, son jurídicamente (o "formalmente") desiguales. Esa presuposición puede ser formulada en forma de proposición normativa más o menos de este modo: "Hay al menos una norma que atribuye a x y a y situaciones jurídicas subjetivas distintas".

En esas circunstancias, se puede decir que el juicio de igualdad expresa conjuntamente tanto un juicio de valor negativo (una crítica) sobre el derecho vigente, como una directiva para cambiarlo. La directiva en cuestión se dirigirá habitualmente al legislador y, en ese caso, su contenido será la recomendación de cambiar de política legislativa (adoptando una norma de igualdad o bien derogando una de las dos normas diferenciadoras). Pero la misma directiva puede dirigirse también al juez y, en ese caso, su contenido es la recomendación de no aplicar en sede jurisdiccional, mediante las oportunas destrezas interpretativas, una u otra de las dos normas diferenciadoras.

b) En cambio, el enunciado según el cual dos individuos o clases de individuos *no son* "sustancialmente" iguales puede desarrollar dos funciones distintas, según las circunstancias y el contexto del discurso.

Por un lado, un enunciado así puede ser usado para expresar la directiva de política del derecho según la cual los individuos o clases de individuos en cuestión deben ser tratados de forma *distinta*: con el objetivo, por ejemplo (aunque no necesariamente), de *preservar* su preciada diferencia extrajurídica.

Por otro lado, el mismo enunciado puede ser usado para expresar la directiva de política del derecho según la cual los individuos o clases de individuos en cuestión deben ser (con instrumentos jurídicos) *igualados*: la diferencia extrajurídica entre ellos no debe ser preservada sino eliminada, removida.

Que después un instrumento jurídico típico para eliminar las diferencias extrajurídicas sea, paradójicamente, la adopción de regulaciones jurídicas diferenciadoras (de normas diferenciadoras) es otra cuestión: una cuestión que hace referencia a los medios, no a los fines. Aquí el medio es, como quería Marx, el "derecho desigual", es decir, la desigualdad jurídica; el fin es la igualdad social (o sexual, o racial, u otra).

TERCERA PARTE

Interpretación y aplicación

I

Reencuentro con la interpretación

1. La definición

Para comprender en qué consiste la interpretación –noción algo controvertida en teoría del derecho–[1] es conveniente partir del concepto (no controvertido) de definición.[2] Interpretación y definición, en efecto, son especies de un único género (en realidad, quizás son la misma cosa).

Ahora bien, se usa el término 'definición' para referirse:

a) por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de un vocablo o sintagma (definición-actividad);

b) por otro, al resultado o producto de esta actividad (definición-producto).

En general, en lo que sigue, el término 'definición' deberá ser entendido en el sentido de definición-producto. El resultado de la actividad definitoria (la definición-producto) es un enunciado: un enunciado definitorio.

2. Dos tipos de definiciones

Existen fundamentalmente dos tipos de definiciones; es habitual llamarlas, respectivamente: definiciones lexicográficas y definiciones estipulativas.[3]

1) *Definiciones lexicográficas*. Se llaman "lexicográficas" (o "informativas") las definiciones que *describen* el modo –o alguno de los modos, si (como sucede a menudo) son más de uno– cómo el vocablo o el sintagma definidos son efectivamente usados por alguien: habitualmente, por aquellos que hablan una

determinada lengua (son típicas definiciones lexicográficas las contenidas en los diccionarios).[4]

Las definiciones lexicográficas, en la medida que describen los usos (es decir, comportamientos) lingüísticos de alguien, son enunciados empíricos,[5] enunciados del discurso descriptivo, y como tales, verdaderos o falsos.

2) *Definiciones estipulativas*. Se denominan "estipulativas" las definiciones que *proponen* usar un determinado vocablo o sintagma de una forma determinada, con preferencia sobre otras.

Una definición estipulativa es necesaria –o, al menos, altamente oportuna– cada vez que se introduce en el discurso un vocablo nuevo (cosa bastante rara) o un nuevo sintagma (cosa mucho más frecuente).

Habitualmente, cuando se habla de definiciones sin ulteriores especificaciones se alude a este tipo de definiciones: las definiciones estipulativas son, en fin, las definiciones por antonomasia.[6]

(2.1) *Estipulaciones*. Más en general, se denominan "estipulaciones" a todas las *decisiones* relativas al significado de un vocablo o de un sintagma. Realiza una estipulación –o tácitamente la supone– quien decide usar o entender una expresión determinada de un modo determinado.

(2.2) *Redefiniciones*. También pertenecen al género de las definiciones estipulativas las denominadas "redefiniciones".[7] Para aclarar qué es una redefinición es necesario tener presente que todos (o casi todos) los vocablos y sintagmas de uso común tienen un significado impreciso: son (a menudo) ambiguos y (siempre) vagos. Pues bien, una redefinición consiste en *precisar* el significado de un vocablo o sintagma, eliminando (al menos en parte) la ambigüedad y la vaguedad que son propias del uso común.

Las definiciones estipulativas, las redefiniciones y las estipulaciones en general –al no ser descriptivas– son enunciados no susceptibles de verdad o falsedad.

3. La interpretación

Se utiliza el término 'interpretación' para referirse:

a) Por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad);

b) por otro, al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto).[8]

La definición y la interpretación son, pues, congéneres. Se habla de definición en relación a vocablos y sintagmas; se habla de interpretación en relación (también) a enunciados: pero la actividad intelectual (determinación del significado de expresiones lingüísticas) es la misma.

El resultado de la actividad interpretativa (la interpretación-producto) es un enunciado (un enunciado interpretativo) o una pluralidad de enunciados (esto es, un discurso interpretativo).

4. Dos tipos de interpretaciones

Ahora, la misma distinción que hemos usado para las definiciones puede ser también aplicada (si bien no es habitual hacerlo) a las interpretaciones.

1) *Interpretaciones-conocimiento*. A veces, en efecto, la interpretación consiste en *conocer* –es decir, en determinar y describir– o en *conjeturar* el significado o los significados de una expresión determinada. La "interpretación-conocimiento" (si así convenimos en llamarla) es absolutamente análoga a la definición lexicográfica.[9]

Por ejemplo, un (¿imaginario?) jurista teórico, completamente desinteresado, podría –según Kelsen, más bien debería–[10] limitarse a: (a) describir de qué modos (habitualmente son más de uno) puede ser entendida una determinada expresión usada por el legislador; o (b) conjeturar de qué forma ha sido entendida por el propio legislador esa expresión; o (c) describir de qué forma ha sido interpretada efectivamente esa expresión por los jueces y/o juristas; o, por último, (d) conjeturar de qué forma será entendida esa expresión por los jueces y/o juristas.

2) *Interpretación-decisión*. Otras veces, en cambio, la interpretación consiste en *proponer* o en *decidir* atribuir a una determinada expresión un determinado significado con preferencia sobre otros. La "interpretación-decisión" (si convenimos llamarla así) es una estipulación.[11]

Los jueces, por ejemplo, debiendo decidir controversias, no pueden limitarse a describir los posibles significados de una

determinada expresión legislativa: deben, en cualquier caso, escoger uno de ellos, de forma preferente sobre los otros. E incluso si la expresión en cuestión es unívoca (tiene un único significado determinado), tampoco pueden contentarse con describirlo, deben *usarlo* para calificar el supuesto de hecho que les es presentado. La interpretación judicial no es nunca una interpretación-conocimiento: es siempre interpretación-decisión o, como dicen algunos, interpretación "operativa".[12]

5. Interpretación "en abstracto" e interpretación "en concreto"

Es necesario distinguir también entre interpretación "en abstracto" (u "orientada al texto") e interpretación "en concreto" (u "orientada a los hechos").[13]

1) *Interpretación "en abstracto"*. La interpretación "en abstracto" –o interpretación "orientada al texto"– consiste en reformular (o, si se quiere, en "traducir") el enunciado interpretado. El resultado de esta interpretación es un nuevo enunciado (el enunciado interpretativo) que el intérprete asume como sinónimo del enunciado interpretado.[14]

2) *Interpretación "en concreto"*. La interpretación "en concreto" –o interpretación "orientada a los hechos"–, en cambio, consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto (un "caso") en el campo de aplicación de una norma.[15] El resultado de esta interpretación es un enunciado normativo (no general y abstracto, sino) individual y concreto que califica el supuesto de hecho sometido a examen[16]. Naturalmente, toda interpretación "en concreto" presupone lógicamente una interpretación "en abstracto".

6. Enunciados interpretativos

Naturalmente, el enunciado que describe (o conjetura) un significado puede ser verdadero o falso.[17] Mientras, las propuestas y las decisiones relativas a un significado –propuestas o decisiones interpretativas– no son verdaderas ni falsas.

El enunciado que expresa una propuesta o una decisión interpretativa puede ser denominado: enunciado interpretativo.

La forma estándar de un enunciado interpretativo es:

a) en la interpretación “en abstracto”, «“D” significa “N”», donde D es una disposición –es decir, un texto normativo– y N es el significado –es decir, la norma– que se le adscribe.

b) en la interpretación “en concreto”, «El supuesto de hecho H cae en el campo de aplicación de la disposición “D”».

En el lenguaje común de los juristas, los enunciados interpretativos son usados de dos formas (en dos sentidos) radicalmente distintos.[18]

i) Unas veces, un enunciado interpretativo es usado para formular una decisión interpretativa, es decir, para adscribir significado a un texto normativo.

ii) Otras, un enunciado interpretativo es usado para referirse a una decisión interpretativa (de otro), es decir, no para adscribir un significado sino para transmitir una información acerca del significado (que alguien ha) adscrito al texto en cuestión.

En un caso, estamos ante un discurso *interpretativo* (en el sentido de interpretación-decisión). En el otro, estamos ante un discurso *descriptivo de interpretaciones* (el discurso que constata o refiere, a nivel de metalenguaje, que, de hecho, un texto ha sido interpretado de una determinada forma por parte de alguien). Decidir una interpretación y describir una interpretación son actos lingüísticos radicalmente distintos.[19]

7. Dos tipos de decisiones interpretativas

Aun manteniendo que las decisiones interpretativas son, en cualquier caso, *decisiones* acerca del significado (y nunca descripciones del significado), conviene hacer algunas distinciones en el ámbito de las decisiones interpretativas.

Supongamos que una determinada disposición legislativa sea, como a menudo sucede, vaga y ambigua y que, como tal, exprese potencialmente una pluralidad de significados: S_1, S_2 y S_3. Pues bien:

a) Algunas veces los intérpretes deciden atribuir a la disposición en cuestión uno de sus significados recognoscibles o reconocidos (por ejemplo, S_1).

En estos casos, la interpretación presenta una íntima semejanza con una redefinición.

b) Otras veces, sin embargo, los intérpretes deciden atribuir a la disposición en cuestión no ya uno de sus significados recognoscibles o reconocidos, sino *otro* significado: en nuestro ejemplo, no ya S_1, S_2 o S_3, sino –supongamos– S_4.

En estas circunstancias, la interpretación –admitiéndose que sea aún apropiado usar el vocablo 'interpretación' en este contexto– no sólo no consiste en reconocer un significado sino que ni siquiera consiste en escoger un significado entre aquellos reconocidos o recognoscibles: consiste más bien en *crear* un significado nuevo.

8. Tres acepciones de 'interpretación'

A modo de conclusión, puede observarse que en el lenguaje común de los juristas el vocablo 'interpretación' es de hecho empleado para referirse (al menos) a tres tipos de actividades,[20] radicalmente distintas, que no suelen ser distinguidas (como sería, en cambio, apropiado):
1) el reconocimiento (o la conjetura) de un significado;
2) la decisión (o la propuesta) de un significado;
3) la creación de un significado.

El reconocimiento de un significado es una operación cognoscitiva (o, si se prefiere, científica). La decisión de un significado es una operación, precisamente, decisoria (o, si se prefiere, política): acto de voluntad, no de conocimiento. La creación de un significado, finalmente, es más asimilable a la legislación (a la creación de normas) que a la interpretación propiamente dicha.

9. Apéndice: la interpretación de la costumbre

Todo el discurso que precede se refiere, evidentemente, a la interpretación *de textos*. Afecta, por tanto, a la interpretación de las fuentes-acto, es decir, de los documentos normativos, y sólo a ella: no se extiende a la interpretación de la costumbre. En este sentido, es quizás oportuno introducir alguna precisión.

La expresión 'interpretación de la costumbre' puede ser entendida de dos formas distintas.

a) Ante todo, se puede hablar de 'interpretación de la costumbre' metonímicamente, para referirse a la interpretación no propiamente de la costumbre sino más bien de los *repertorios* de usos y costumbres.

Ahora bien, tales repertorios –aunque son fuentes de conocimiento, no de producción– se presentan, banalmente, como otros tantos documentos normativos. De forma que la interpretación de las costumbres, así entendida, no difiere, en principio, de la interpretación de las fuentes-acto. En ambos casos, la interpretación en una actividad de adscripción de significado a textos formulados en un lenguaje.

b) Entendida propiamente, sin embargo, la interpretación de las costumbres tiene por objeto, precisamente, la fuente de producción llamada "costumbre", y no las fuentes de cognición (los repertorios, los documentos) que dan formulación a las normas consuetudinarias.

Pues bien, así entendida, la interpretación de la costumbre es algo totalmente distinto de la interpretación de textos: tanto que se puede dudar de la oportunidad de usar el mismo vocablo ('interpretación') para referirse a ambas. La costumbre, en tanto que distinta de las normas que (en virtud de una norma sobre la producción jurídica) de ella provienen, no es un texto, un documento: es un comportamiento social. E "interpretar" un comportamiento social es algo absolutamente distinto de "interpretar" un enunciado lingüístico.

La interpretación de la costumbre, así entendida, no consiste en adscribir significado a formulaciones normativas, sino en adscribir sentido a una praxis social: más precisamente, en inferir de una praxis social (la existencia de) normas.[21] Es decir, en conjeturar que ciertos sujetos se comportan de un cierto modo (no por ser lo habitual, o por casualidad, o por cualquier otra razón, sino) en atención a una norma, que ellos creen existente y vinculante[22].

Notas

1. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 398 ss., 403 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, cap. I; H. Kelsen, "Zur Theorie der Inter-

pretation", en *Internationale Zertschrift für Theorie des Rechts*, VIII, 1934 (este trabajo coincide casi completamente con el cap. VI de la *Teoría Para del Derecho* de 1934); G.R. Carrió, "Sobre la interpretación en el derecho", en Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*, IV ed., Buenos Aires, 1990; J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, II ed., Helsinki, 1983; Id., *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Juridica 32, 1987; Id., *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, 1989; E. Bulygin, "Sull'interpretazione giuridica", en *Analisi e diritto*, 1992; Id., "Cognition and Interpretation of Law", en L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995; P. Chiassoni, "Varieties of Judges-Interpreters", ivi; Id., "L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, introducción y III parte; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, ap. XXIV; Id., "Interpretazione", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno-Zencovich, *Glossario*, Milano, 1994; M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, II ed., Torino, 1995, 205 ss.; F. Denozza, "La struttura dell'interpretazione", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995.

2. Cfr., por ejemplo, J. Hospers, An Introduction to Philosophical Analysis, II ed., London, 1967, espec. 18 ss.; trad. cast. *Introducción al análisis filosófico*, a cargo de J.C. Armero, Madrid, 1984, espec. 34 ss.
3. Cfr., por ejemplo, U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, cap. II; Id., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., Milano, 1985, cap. I; A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979.
4. Pero, naturalmente, ni siquiera los diccionarios registran la totalidad de los usos efectivos: se limitan a aquellos típicos y más difundidos.
5. En realidad, no es pacífico que las definiciones lexicales sean enunciados empíricos. Algunos sostienen, en efecto, que no describen propiamente hechos sino reglas: las reglas de uso de un término o sintagma. El que escribe sostiene que este punto de vista no distingue claramente entre reglas (es decir, enunciados prescriptivos) y regularidades (es decir, secuencias de comportamientos) y que las definiciones lexicales describen, precisamente, regularidades, no reglas.
6. Por esto suele decirse que las definiciones no son enunciados empíricos y no son verdaderas ni falsas (a pesar de que las definiciones lexicográficas, como se entienden aquí, sí son enunciados empíricos y verdaderos o falsos).
7. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, cit., 64 ss.
8. G. Tarello, "Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica", en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.
9. La interpretación-verificación es lo que H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), trad. cast. a cargo de R..Vernengo, México D.F., 1986, 349 ss., denomina interpretación "científica".
10. Cfr. H. Kelsen, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), trad. cast. a cargo de C. Cossio, México D.F., 1979, 131; H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 355 ff.; H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1950, xvi. Entre los muchos estudios dedicados a la teoría de la interpretación de Kelsen, puede verse, por ejemplo: G. Gavazzi, "L'interpretazione giuridica in H. Kelsen", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1957, 217 ss.; M.G. Losano, "Il problema dell'interpretazione en Hans Kelsen", ivi, 1968, 524

ss.; Id., *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, 92 ss.; M. Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation, et la structure de l'ordre juridique", en *Revue internationale de philosophie*, n. 138, 1981; S.L. Paulson, "Kelsen on Legal Interpretation", en *Legal Studies*, X, n. 2, 1990, 136 ff.; L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995. Cfr. también R. Guastini, "Hans Kelsen sull'interpretazione", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, cit.

11. La interpretación-decisión es lo que H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 349 ss., llama –apartándose mucho del uso común de esa expresión– interpretación "auténtica".
12. Cfr. L. Ferrajoli, "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, 1992, 87 ss.
13. Sobre la distinción entre interpretación "en abstracto" e interpretación "en concreto", cfr. M. Troper, "La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française", en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992, 834 ss. La distinción entre interpretación "text-oriented" e interpretación "fact-oriented" es recurrente en los trabajos de J. Wróblewski.
14. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 17 ss.; Id., "Interpretation (Legal)", en *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, Oxford, 1994, IV, 1738-1744.
15. Sobre la noción de subsunción: G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, caps. VII ss.; Id., "Sussunzione", en *Novissimo Digesto italiano*, XVII, Torino, 1970.
16. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 95; R. Guastini, "Legal Language and Facts", en *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, cit., 2075-2080.
17. Cuanto sigue se circunscribe a la interpretación "en abstracto".
18. Cfr. G. Tarello, "Frammenti di una teoria dell'interpretazione", en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del dirito*, Bologna, 1980, espec. 293 ss.
19. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 333 ss.; Id., "'Trama aperta', scienza giuridica, interpretazione", en U. Scarpelli, P. di Lucia (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994.
20. "Al menos" tres, ya que, a menudo, se llama genéricamente 'interpretación' también a otras actividades, como por ejemplo, la aplicación del derecho, la "sistematización" (la organización en forma de sistema) de las normas, la integración de las lagunas, etcétera.
21. Cosa que no parece posible hacer sin prestar atención a los eventuales discursos valorativos y/o normativos de cuantos participan en la praxis en cuestión: esto es, a los discursos mediante los cuales los participantes dan, ellos mismos, formulaciones a las normas a las que prestan observancia, o mediante los cuales aprueban a cuantos se adecuan a la praxis y/o desaprueban a cuantos se apartan de ella.
22. Esto plantea delicados problemas epistemológicos que se discuten en sede de filosofía de las ciencias sociales. Cfr., por ejemplo, P. Winch, *The Idea of a Social Science*, London, 1958; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. cast. *El concepto de derecho*, a cargo de G.R. Carrrió, Buenos Aires, 1992, donde teoriza el llamado "aspecto interno" de las normas; G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, New York, 1971; trad. cast. *Explicación y comprensión*, a cargo de L. Vega Reñón, Madrid, 1987; A.G. Conte, "Fenomeni di

fenomeni", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1986, 29 ss. Algunos problemas filosófico-jurídicos conexos son discutidos en: M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985; A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, *Studi 1965-1981*, Torino, 1989; M. Barberis, "Regole e linguaggio", en *Analisi e diritto*, 1990, 9 ss.; Id., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990; F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990; M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994; B. Celano, "Consuetudini, convenzioni", en *Analisi e diritto, 1995, 35 ss.*; trad. cast. "Costumbres, convenciones", a cargo de J.J. Moreso, en B. Celano, *Dos estudios sobre la costumbre*, México D.F., en prensa.

II

Introducción a las técnicas interpretativas

1. Dos tipos fundamentales de interpretación

Existen dos tipos fundamentales de interpretación:

1) por un lado, la interpretación que suele llamarse "literal" o "declarativa";

2) por el otro, la interpretación que, conforme con la tradición, podemos denominar "correctora".

Los dos conceptos son mutuamente excluyentes (no puede haber una interpretación que sea, al mismo tiempo, literal y correctora) y conjuntamente exhaustivos (no puede haber una interpretación que no sea literal ni correctora). Los dos conceptos, además, son lógicamente interdependientes: la interpretación correctora, en efecto, se define por contraposición a la literal. El concepto de interpretación literal es, pues, "primario"; el de interpretación correctora es "secundario", en el sentido de que es lógicamente dependiente del otro.

Desgraciadamente, el concepto de interpretación literal es esquivo: no es posible ofrecer una definición precisa del mismo. Y esto convierte también en esquivo al concepto dependiente de interpretación correctora.

2. La interpretación declarativa

Según el punto de vista habitual, la interpretación literal o declarativa es aquella que no atribuye a las disposiciones normativas nada más que su "propio" significado. Pero este punto de vista no puede ser aceptado, ya que se funda en la idea in-

genua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado "propio", intrínseco, independiente de los usos. Si se abandona esta doctrina por no ser en absoluto confiable, desde el momento en que toda palabra es evidentemente susceptible de usos diversos, sólo queda la posibilidad de abandonar también la noción de interpretación declarativa o bien redefinirla de un modo más aceptable (aunque sin demasiado rigor).

A grandes rasgos, por interpretación literal o declarativa puede entenderse aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado "literal", es decir, el más inmediato –el significado *prima facie*, como suele decirse– que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas.

Esta definición peca de falta de rigor, por el simple hecho de que no es posible establecer con claridad cual es el significado literal de las palabras; de forma que tampoco es posible trazar una línea precisa de demarcación entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación. El significado literal, en efecto, es una variable dependiente de la competencia lingüística y de la intuición lingüística de cada uno. Como tal, es algo ampliamente subjetivo.

Debe decirse además que los dos adjetivos, 'declarativa' y 'literal', con los que suele calificarse la interpretación en cuestión, no son perfectamente intercambiables: cada uno de ellos pone el acento sobre un aspecto distinto de la misma técnica interpretativa. Calificando una interpretación como "literal", se subraya que esa interpretación se adhiere al significado, precisamente, literal de la disposición interpretada. Calificándola como "declarativa", se subraya que se adhiere más bien al significado querido (que se supone querido) por el legislador, bajo la asunción tácita de que el legislador ha entendido "literalmente" lo que ha dicho.

En favor de la interpretación declarativa se suelen aducir principalmente dos argumentos: 1) el argumento del lenguaje común y 2) el argumento *a contrario* (en una de sus variantes).

2.1. El argumento del lenguaje común

El argumento del lenguaje común apela, muy simplemente, al significado ordinario –común, precisamente– de las palabras

y a las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas.

Debe observarse, no obstante, que muy raramente el significado ordinario es unívoco y preciso. Toda expresión (término, sintagma) de uso común tiene un significado vago. Muchas expresiones (si no todas) están sujetas a usos diversos y a cada uso le corresponde un significado distinto (o al menos un distinto matiz de significado). Las propias reglas gramaticales son, a veces, muy elásticas. En suma, el significado ordinario es a menudo controvertido. De modo que la apelación al lenguaje común no es siempre un argumento resolutivo.

Además, las expresiones que pueden encontrarse en el lenguaje de las fuentes no son reconducibles a un género único. Sin pretender hacer un inventario completo, pueden mencionarse al menos las siguientes especies.

a) Expresiones pertenecientes al lenguaje ordinario: el significado común de estas expresiones es aquel que registran los diccionarios de la lengua, que, por otra parte, casi siempre mencionan varios significados alternativos para una misma expresión.

b) Expresiones de lenguaje ordinario que, sin embargo, se tecnifican en el discurso jurídico, adquiriendo un significado distinto del común: a veces *a*) en virtud de una definición legislativa, más a menudo *b*) en virtud de la elaboración dogmática de los juristas. El significado común de estas expresiones no puede obtenerse de los diccionarios de la lengua: se obtiene de los textos normativos (si existe una definición legislativa de la expresión en cuestión) o del uso de los juristas. Por otra parte, el uso de los juristas es raramente unívoco: distintas doctrinas sostienen usos distintos (y por ello distintos significados o matices de significado) de los términos implicados.

c) Expresiones pertenecientes a uno u otro lenguaje técnico (por ejemplo: el lenguaje de la química, el lenguaje de la ingeniería hidráulica, el lenguaje de la ciencia de las construcciones, etcétera). Estas expresiones no siempre son usadas también en el lenguaje ordinario ni siempre son registradas en los diccionarios de la lengua. Su significado común, de todas formas, se obtiene del uso que de ellas hacen los especialistas de una u otra disciplina científica o técnica.

El argumento del lenguaje común tiende a excluir que pueda atribuirse a una determinada disposición un significado distinto (más amplio o más estricto, poco importa) del literal.

2.2. El argumento "a contrario"

Se llama argumento *a contrario* a aquella forma de argumentar según la cual "ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit", o bien: el legislador ha dicho exactamente lo que pretendía decir; y, en cuanto a lo que no ha dicho, evidentemente, no pretendía decirlo ya que, si hubiese querido decirlo, lo habría dicho. El argumento, evidentemente, se erige sobre la presunción de que existe una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo, e induce a excluir que se pueda atribuir a una determinada disposición normativa un significado más amplio (más extenso) de aquél sugerido por la interpretación literal. En otras palabras, el argumento *a contrario* se aduce –no, como algunos piensan, en favor de la interpretación restrictiva, sino– en favor de la interpretación literal o declarativa.

Dicho de otro modo: argumentando *a contrario*, se sostiene que una disposición de la forma "Si F, entonces G" debe ser entendida en el sentido de que "*Sólo* si F, entonces G". Por ejemplo, la disposición "Los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente [...]" (art. 18.1, const. it.) es entendida en el sentido de que "*Sólo* los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente".

2.2.1. La doble validez del argumento "a contrario"

Ahora bien, es necesario llamar la atención sobre la ambigüedad característica del enunciado "Sólo los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente" si es emitido (no por el legislador, sino) por un jurista. En el lenguaje común (no así en un eventual lenguaje formalizado) ese enunciado puede, en efecto, significar dos cosas bien distintas:

a) la constitución sólo confiere el derecho de asociación a los ciudadanos, y *calla* sobre los extranjeros y los apátridas (*falta* una norma constitucional que *confiera* ese derecho a los extranjeros y a los apátridas, y *falta* también una norma constitucional que *niegue* ese derecho a los extranjeros y a los apátridas);

b) la constitución sólo concede el derecho de asociación a los ciudadanos y, por ello, positivamente *excluye* a los extranjeros y a los apátridas del goce de ese derecho.

En el primer caso, el argumento *a contrario* es empleado como argumento puramente interpretativo (para atribuir a una disposición constitucional su significado literal). En el segundo, es usado como argumento productivo (para formular una nueva norma, implícita).

En el primer caso, la constitución presenta una laguna: no regula de ninguna forma la asociación de extranjeros y apátridas. En el segundo, la constitución –lejos de contener una laguna– contiene tanto la norma explícita que confiere aquel derecho a los ciudadanos ("Si F, entonces G"), como la norma implícita que niega aquel derecho a los extranjeros y a los apátridas ("Si no-F, entonces no-G").

En el primer caso, entonces, el uso del argumento *a contrario* produce la creación de una laguna. En el segundo, el mismo argumento permite colmarla, mediante la formulación de una norma implícita.

Así, en esta segunda variante, también el argumento *a contrario* (junto al argumento analógico, que veremos enseguida) es una técnica de integración del derecho. Sin embargo, el argumento *a contrario* es comúnmente entendido (erróneamente) como un argumento puramente interpretativo, no productivo de nuevas normas. Esto requiere algunas palabras de explicación.

Este punto de vista encuentra su fundamento en una concepción imperativista y liberal del derecho. La idea subyacente es que los hombres son "naturalmente" libres, es decir, privados de obligaciones, y que el derecho es un conjunto de normas imperativas (mandatos) que, precisamente, imponen obligaciones a sus destinatarios, limitando así su libertad "natural" (prejurídica). Por otro lado, más allá del ordenamiento jurídico –allí donde el sistema jurídico no alcanza– queda siempre aún una zona de libertad "residual": permanecen libres, en efecto, todos aquellos comportamientos que no son regulados por ninguna norma jurídica positiva.

Ahora, si el derecho está, por definición, constituido únicamente por normas imperativas, obviamente el argumento *a contrario* sólo puede usarse ante normas imperativas, ya que no hay otros tipos de normas. Por otro lado, argumentar *a contrario* en presencia de una norma imperativa conduce efectivamente a formular una nueva norma, pero la norma así formulada es una norma puramente permisiva. Por ejemplo: "Ya que el comportamiento en cuestión no está expresamente prohibi-

do, se debe concluir que está permitido". Por otro lado, si el derecho es concebido como un conjunto de obligaciones, la formulación de una norma permisiva no constituye "verdadera" creación de derecho (sino sólo el reconocimiento de una zona de libertad prejurídica). Es por esto que el argumento *a contrario* se presenta, en esta concepción, como un inocuo argumento interpretativo.

De hecho, sin embargo, las fuentes del derecho están llenas no sólo de normas imperativas, sino también de normas permisivas. De modo que el argumento *a contrario* puede ser usado también ante normas permisivas. Argumentar *a contrario* en presencia de una norma permisiva conduce a formular nuevas obligaciones o prohibiciones, nuevas normas imperativas. Por ejemplo: "Dado que el comportamiento en cuestión no está expresamente permitido, debe concluirse que está prohibido". Pues bien, la formulación de una nueva norma imperativa constituye creación de derecho, de forma absolutamente evidente, incluso para quien adopte una concepción imperativista del derecho.

En suma, colmar una laguna argumentando *a contrario* no es en absoluto una operación indolora, puramente interpretativa. No obstante, en nuestra cultura jurídica, colmar una laguna argumentando *a contrario* no es sentido como un acontecimiento "dramático", como una intervención creadora del intérprete.

Puede observarse, para concluir, que la prohibición de la analogía en derecho penal se reduce a la obligación de usar el argumento a contrario, y más precisamente a la obligación de usar el argumento *a contrario* de forma no meramente interpretativa, sino productiva. Si no hay una norma que vincule una sanción penal a un cierto comportamiento, debe sostenerse que ese comportamiento es penalmente lícito. En otras palabras: en ausencia de una norma penal de la forma "Si C, entonces S" –donde C es una conducta y S una sanción penal– se debe concluir que existe una norma implícita de contenido negativo: "Si C, entonces no-S".

3. La interpretación correctora en general

La interpretación correctora, como ya se ha mencionado, se caracteriza por oposición a la declarativa o literal. Para quienes

conciben la interpretación literal de la forma tradicional, como atribución a los documentos normativos del significado que les es "propio", la interpretación correctora se presenta obviamente como desviación del significado "propio" de las palabras (y eventualmente, como "corrección" de la voluntad legislativa, si se asume que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende decir y que, por ello, la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador). Pero, si en cambio se piensa que no existe en absoluto algo que sea el significado propio de las palabras, es necesario buscar una noción de interpretación correctora que sea más aceptable (aunque sea menos precisa).

Diremos entonces que es correctora toda interpretación que no atribuya a un texto normativo el significado literal más inmediato sino un significado *distinto*.

Un significado distinto del literal sólo puede ser *más estricto* o *más amplio* que aquél. Por ello, existen dos, y sólo dos, tipos de interpretación correctora, que requieren un análisis independiente: (1) la interpretación restrictiva, y (2) la interpretación extensiva.

3.1. La argumentación de la interpretación correctora

La interpretación correctora, evidentemente, debe basarse en argumentos que desacrediten como impracticable, y por tanto excluyan, la interpretación literal. Los argumentos en cuestión son esencialmente de tres tipos.

1) El argumento (llamado indiferentemente "lógico", "psicológico" o "teleológico") que apela a la voluntad, a la intención, a los objetivos del legislador: en suma, a la *ratio legis*. No debe atribuirse a un determinado documento normativo su significado literal, ya que eran distintos la voluntad, la intención o los objetivos del legislador.

Naturalmente, la intención del legislador o la *ratio legis* pueden ser invocadas también en apoyo de una interpretación declarativa (se entiende que el argumento debe ser integrado con la presunción de que el texto normativo es siempre y necesariamente el espejo fiel de la voluntad del legislador). Pero la apelación a la intención del legislador es sólo, en este contexto, un argumento accesorio y no estrictamente necesario.

El argumento en cuestión, por otra parte, requiere un análisis independiente: volveremos sobre él dentro de poco.

2) El argumento (llamado "ad absurdum") que apela a la (supuesta) "razonabilidad", del legislador, de forma que se excluye que el legislador pueda haber formulado normas "absurdas" o que conduzcan a resultados absurdos en sede de aplicación: no se debe atribuir a un determinado documento normativo su significado literal, ya que entendido de ese modo expresaría una norma absurda, o bien una norma que daría lugar a resultados absurdos en sede de aplicación.

Es apenas necesario destacar que la percepción de qué es absurdo y de qué es, en cambio, razonable, es algo absolutamente subjetivo y, por tanto, siempre controvertible. En los raros casos en que una determinada interpretación aparece como "obviamente" absurda, esto es, es sentida como absurda por la generalidad de los intérpretes en un contexto histórico (social, cultural, etcétera) determinado, el argumento en cuestión resulta totalmente inútil, ya que sirve para excluir una interpretación que nunca nadie soñaría proponer.

3) El argumento (llamado "naturalista") que apela a la "naturaleza de las cosas" –es decir, concretamente, al cambio de las circunstancias de hecho (sociales, etcétera)– para desacreditar el significado literal de un documento normativo como (ya) no adecuado a la realidad.

Evidentemente, este tipo de argumento es escasamente practicable en la interpretación de documentos normativos relativamente recientes, mientras que puede ser muy persuasivo si es aplicado a fuentes relativamente antiguas.

3.1.1. La intención del legislador

Como ya se ha mencionado, el argumento que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador requiere un análisis independiente. Este presenta, en efecto, dos variantes destacables.

1) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, por decirlo así, "de carne y hueso", esto es, con la voluntad de

los hombres que históricamente han participado activamente en la redacción y aprobación del documento normativo

La determinación de la voluntad del legislador –en la medida que sea posible cuando el legislador sea un órgano colegiado– no puede valerse más que de los llamados "trabajos preparatorios" (por ejemplo, de los debates parlamentarios).

2) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, "de carne y hueso", sino con una más impalpable "voluntad de la ley", la *ratio legis*, considerada de forma abstracta.

Para determinar la "voluntad de la ley" –se sostiene– es necesario tener en cuenta exclusivamente el texto de la propia ley (o, como mucho, el texto de la ley y las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no* los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios no reflejan la voluntad "objetiva" de la ley sino sólo las percepciones "subjetivas" de los legisladores. En otras palabras, esta estrategia argumentativa cumple fundamentalmente la función de desacreditar como irrelevante el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que se trate.

Naturalmente, apelar a la voluntad de la ley, como algo distinto de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que una forma de eludir, dejar de lado o sabotear la política del derecho perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete.

4. La interpretación extensiva

El primer tipo de interpretación correctora es, como ya se ha dicho, la interpretación extensiva.

Se denomina extensiva a aquella interpretación que, precisamente, extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyen en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos.

Desde ya debe decirse que la extensión del significado de una disposición tiende a diluirse en la formulación de una nor-

ma nueva (no reconducible como significado de aquella disposición). No hay entre las dos cosas una clara diferencia, sino una diferencia de grado. La extensión a los "trabajadores autónomos", por ejemplo, de una disposición que confiere un derecho a los "trabajadores" sin ulteriores especificaciones, puede ser reconstruida como una interpretación extensiva del término "trabajador"; pero es quizás más plausible reconstruirla como creación de una norma inédita, que atribuye también a los trabajadores autónomos un derecho que el legislador había reservado a los trabajadores dependientes.

Los argumentos aptos para apoyar una interpretación extensiva son principalmente dos (que algunos configuran como variantes de un mismo argumento): el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili* (o analógico). El análisis de esos argumentos muestra lo sutil que es la línea de demarcación entre la interpretación de disposiciones preexistentes y la formulación de normas nuevas.

Debe observarse que pueden haber al menos dos razones distintas para extender una norma más allá de su campo de aplicación "natural". Puede ocurrir que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho bajo el dominio de cierta norma (y no bajo el dominio de una norma distinta) simplemente porque esto satisface mejor su sentimiento de justicia. Pero puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee aplicar cierta norma a un determinado supuesto de hecho porque, de no hacerlo así, éste quedaría privado de cualquier regulación jurídica: es decir, se crearía una laguna en el ordenamiento.

En este caso, los dos argumentos mencionados pueden ser insertados en una estrategia argumentativa más amplia, que apela al dogma de la completud del derecho. Más precisamente: se puede justificar la interpretación extensiva recurriendo al argumento *a fortiori* o al argumento *a simili*; y se puede después justificar el empleo de uno u otro de estos argumentos apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente completo (o, en todo caso, debe ser completado).

4.1. El argumento "a simili"

El argumento *a simili* –o argumento analógico, si se prefiere– se presenta, a grandes rasgos, como sigue: la disposición D

("Si F_1, entonces G") vincula la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1; por otra parte, F_2 es parecido a F_1; por tanto, F_2 tiene que tener la misma consecuencia jurídica; así, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F_2 ("Si F_2, entonces G").

Por ejemplo: el legislador dispone que quien haya recibido indebidamente una cosa y la haya alienado de buena fe, ignorando que debía restituirla, debe restituir lo obtenido (art. 2038.1, cod. civ. it) y no, en cambio, la misma cosa *in natura* o su correspondiente valor (art. 2038.2, cod. civ. it.). Se supone que la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que la norma se erige, es el principio de tutela de la buena fe: esto es, se supone que el legislador pretende (sólo) la restitución de lo obtenido y no otras cosas más gravosas, para tutelar la buena fe del sujeto en cuestión. El hecho de la recepción indebida y la subsiguiente alienación es parecido a la situación de quien ha adquirido un objeto robado ignorando su procedencia furtiva; y lo ha alienado después con buena fe. Por tanto, quien haya adquirido y en buena fe alienado un objeto robado, ignorando su procedencia furtiva, está obligado a restituir lo obtenido.

Naturalmente, como surge del ejemplo, para argumentar que hay parecido entre dos supuestos de hecho, F_1 y F_2, es necesario mostrar que hay entre ellos una característica común no accidental, sino "esencial" al objeto de su regulación jurídica. Suponiendo que sea E el elemento que comparten F_1 y F_2, es necesario mostrar que E es precisamente la "razón" específica por la que al supuesto de hecho F_1 le ha sido atribuida esa, y no otra, consecuencia jurídica. Por ejemplo, para extender a los "hombres" una norma que confiere un derecho a las "mujeres", es necesario mostrar que ese derecho es conferido a las mujeres en cuanto seres humanos, o en cuanto trabajadoras, o en cuanto ciudadanas, y no en cuanto que mujeres.

En otras palabras, la extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su *ratio*, esto es, precisamente de la razón, del motivo, de la finalidad con que la norma fue establecida. Esto equivale a ascender desde la norma al "principio" que la funda como su justificación (en el ejemplo expuesto arriba, de la extensión analógica del art. 2038.1, cod. civ. it., el argumento sería incompleto si no hiciese referencia al principio de tutela de la buena fe).

En rigor, este argumento sirve para sostener no tanto una tesis estrictamente interpretativa (relativa, esto es, al significado de una disposición) sino más bien la formulación de una nueva norma. Se puede decir, por tanto, que el argumento *a simili* no es un argumento "interpretativo" (de disposiciones preexistentes) sino, en cambio, un argumento "productivo" (de derecho nuevo).

Supongamos, por ejemplo, que el argumento analógico sea usado, en las circunstancias apropiadas, para extender a las empresas que editan "libros" una disposición que atribuya un beneficio fiscal a las empresas que editan "periódicos". Pues bien, quien realiza esa extensión no sostiene que el término 'periódico' designa también a los libros. Lo que hace es más bien elaborar una nueva norma que ya no prevé como supuesto de hecho del beneficio fiscal la edición de periódicos sino la de libros.

En fin, esta forma de argumentar parte de una determinada disposición, "Si F_1, entonces G", y concluye con la formulación de una norma nueva, "Si F_2, entonces G", esto es, de una norma que no puede reconducirse al significado de la disposición de la que se ha partido. En otras palabras, la norma "Si F_2, entonces G" no constituye el significado (uno de los posibles significados) de la disposición interpretada. La disposición interpretada es usada, más bien, como argumento a favor de la creación de la norma "Si F_2, entonces G".

4.2. El argumento "a fortiori"

El argumento *a fortiori* se presenta, a grandes rasgos, de la siguiente forma: la disposición D ("Si F_1, entonces G") vincula la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F_1; pero dado que el supuesto de hecho F_2 merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica, entonces la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G se aplica también al supuesto de hecho F_2.

También en este caso, el resultado de la argumentación no es tanto la interpretación de una disposición preexistente ("Si F_1, entonces G"), como la formulación de una nueva norma ("Si F_2, entonces G"). Por tanto, también se puede decir del argumento *a fortiori* que no es un argumento "interpretativo" (de disposiciones preexistentes) sino más bien un argumento "productivo" (de nuevo derecho).

Como puede intuirse, las palabras clave de todo el argumento son: "con mayor razón". Se quiere decir, en fin, que también esta forma de argumentar presupone la identificación previa de la "razón" por la que se vincula a un determinado supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica y no otra.

Es precisamente este aspecto el que comparten los argumentos *a fortiori* y *a simili*: ambos presuponen una conjetura acerca de la *ratio legis*, es decir, acerca del principio subyacente a la disposición concreta que se está interpretando. Y es por esta razón que esos argumentos parecen, para algunos, variantes de un único argumento. Sin embargo, el argumento *a fortiori* se diferencia del argumento *a simili* por el hecho de que aquél no requiere ninguna asunción acerca de la "similitud" de los dos supuestos de hecho.

4.2.1. Dos variantes del argumento "a fortiori"

El argumento *a fortiori* se presenta bajo dos formas distintas, en función de si es adoptado en la interpretación de disposiciones que confieren posiciones jurídicas ventajosas (por ejemplo, derechos) o, en cambio, en la interpretación de disposiciones que confieren posiciones jurídicas desventajosas (por ejemplo, obligaciones).

1) En el primer caso, asume la forma del argumento *a maiori ad minus*. Por ejemplo, si está permitido exigir intereses del 20%, entonces –con mayor razón– está también permitido exigir intereses del 10%.

2) En el segundo caso, asume la forma del argumento *a minori ad maius*. Por ejemplo, si está prohibido tener en casa animales domésticos, entonces –con mayor razón– está también prohibido tener en casa tigres.

5. La interpretación restrictiva

El segundo tipo de interpretación correctora es, como ya se ha dicho, la interpretación restrictiva.

Se denomina restrictiva a la interpretación que, precisamente, restringe, circunscribe, el significado *prima facie* de una disposición, de forma que excluye de su campo de aplica-

ción algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, se incluirían en él.

Es obvio –pero conviene subrayarlo– que la interpretación restrictiva, en cuanto que especie del género interpretación correctora, no sólo se contrapone a la extensiva sino que se diferencia también de la interpretación declarativa o literal.

Para justificar una interpretación restrictiva se usa principalmente el argumento que llamaré "de la disociación".

Obsérvese de nuevo que hay al menos dos razones para restringir el alcance de una norma respecto a su campo de aplicación "natural". Puede ocurrir que un intérprete desee reconducir un determinado supuesto de hecho al dominio de una norma distinta (y no, en cambio, al dominio de la norma en cuestión) simplemente porque esto satisface mejor su sentimiento de justicia. Y puede ocurrir, en cambio, que un intérprete desee excluir ese supuesto de hecho del campo de aplicación de la norma en cuestión ya que, de otro modo, se produciría una contradicción: cosa que sucede siempre que al mismo supuesto de hecho le pueda ser también aplicada otra norma, con resultados distintos e incompatibles.

En este segundo caso, el argumento de la disociación puede insertarse en una estrategia interpretativa más amplia, que apela al dogma de la coherencia del derecho. Más precisamente: se puede justificar la interpretación restrictiva mediante el recurso al argumento de la disociación; y se puede ulteriormente justificar el empleo de ese argumento apelando a la doctrina según la cual el derecho es necesariamente coherente (o, en todo caso, debe ser convertido en coherente).

5.1. El argumento de la disociación

El argumento que, a falta de un nombre consagrado por el uso, llamo "de la disociación", es bien conocido por los estudiosos de la retórica y ampliamente empleado por los juristas. Sin embargo, no es casi nunca analizado como tal en sede de teoría de la interpretación. Para dejar claro en qué consiste, es conveniente ofrecer sin más algunos ejemplos simples.

a) El artículo 1428 cod. civ. it. dispone que «el error es causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible». La doctrina dominante, con el apoyo de la jurisprudencia, apela al

principio general de la buena fe para interpretar esta disposición en el sentido de que el error es efectivamente causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible por el otro contratante, a condición de que no se trate de un error "bilateral" (se habla de error "bilateral" cuando ambos contratantes han caído en el error). Se sigue de ello que el error bilateral hace anulable al contrato aunque no sea reconocible.

Las cosas son, pues, así: el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre error unilateral y error bilateral; el intérprete, en cambio, distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases –la clase de los errores unilaterales y la clase de los errores bilaterales– y en "disociar" las dos subclases a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a la totalidad de la clase de los errores, sino sólo a la subclase de los errores unilaterales. Así, la otra subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición. En especial, dicho campo de aplicación resulta reducido, esto es, restringido.

b) El art. 89.1, const. it. dispone que «ningún acto del Presidente de la República es válido si no es refrendado por los ministros proponentes [...]». Se percibirá que la disposición se refiere a todos los actos del presidente: y, si todos los actos presidenciales deben ser refrendados por los ministros proponentes, se sigue que no hay actos presidenciales que no sean adoptados bajo propuesta ministerial. La doctrina dominante, sin embargo, interpreta la disposición examinada en el sentido de que deben ser refrendados por los ministros proponentes los actos que el presidente adopta, precisamente, siguiendo una propuesta ministerial. En cambio, los actos denominados de "iniciativa presidencial" (esto es, aquellos que no se fundan en una propuesta ministerial) no caen bajo el dominio del art. 89.1, const. it.

También en este caso, el legislador (aquí: el constituyente) establece una regulación que se aplica a los actos presidenciales sin distinguir entre actos de especies diversas; la doctrina, en cambio, distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida consiste en subdividir la clase de los actos presidenciales en dos subclases –la clase de los actos sustancialmente gubernativos y la clase de los actos sustancialmente presidenciales– y en "disociar" las dos subclases a los

efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a la totalidad de los actos presidenciales sino sólo a la clase de los actos adoptados bajo propuesta ministerial. Así, la otra subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición, que resulta reducido o restringido.

c) El art. 14 disp. prel. cod. civ. it. dispone que «las leyes penales [...] no se aplican fuera de los casos y los momentos en ellas establecidos». Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia hay dos formas distintas de aplicar una ley (penal) "fuera de los casos y los momentos" en ella establecidos: uno es la interpretación "extensiva", el otro es la interpretación "analógica". En realidad –ya lo hemos visto– la distinción, en este caso, es muy especiosa. Pero, sea como sea, la disposición examinada es comúnmente entendida en el sentido de que está prohibida la interpretación analógica, y no la extensiva, de las leyes penales.

Nuevamente: la doctrina distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción consiste aquí en subdividir la clase de las aplicaciones extensivas en dos subclases –la clase de las interpretaciones "extensivas" (puras y simples) y la clase de las aplicaciones "analógicas"– y en "disociar" las dos subclases a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a todo tipo de aplicación extensiva sino sólo a la denominada aplicación analógica. Así, la otra subclase queda fuera de la prohibición del art. 14 disp. prel. cod. civ. it., cuyo campo de aplicación resulta por ello restringido.

d) El art. 100.2, const. it. dispone que «la *Corte dei conti* ejerce el control preventivo de legitimidad sobre los actos del Gobierno». *Prima facie*, esta disposición se refiere a todos los actos gubernativos, sin excepción. Pero, según la reciente jurisprudencia del Tribunal constitucional, es necesario distinguir claramente dos tipos de actos gubernativos: los actos dotados de fuerza de ley y los demás actos. La mencionada disposición constitucional es entendida en el sentido de que sólo están sujetos al control preventivo de la *Corte dei conti* los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley. De modo que no contradice la constitución el art. 16.1, de la ley 400/1988, que sustrae al control preventivo de la *Corte dei conti* los decretos legislativos y los decretos-ley.

También aquí el Tribunal constitucional distingue donde la constitución no ha distinguido en absoluto. Ahora la distinción consiste en subdividir la clase de los actos gubernativos en dos subclases –la clase de los actos con rango legislativo y la clase del resto de actos– y en "disociarlas" a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es el que ya se ha mencionado: el art. 100.2, const. it. no es entendido como referido a la totalidad de los actos gubernativos, sino sólo a los actos gubernativos desprovistos de fuerza de ley; de modo que los actos con rango legislativo quedan fuera de su campo de aplicación.

En general, se puede pues decir lo siguiente: el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticiamente en el discurso del legislador una distinción en la que el legislador no ha pensado en absoluto, de forma que se reduce el campo de aplicación de una disposición a sólo algunos de los supuestos de hecho por ella previstos (por ella previstos, se entiende, según una interpretación literal).

6. Otras técnicas de interpretación correctora

Pueden reconducirse al ámbito de la interpretación correctora también otras estrategias argumentativas, que son tratadas de forma separada ya que no están unívocamente dirigidas a acreditar una interpretación extensiva o una interpretación restrictiva, sino que pueden ser empleadas indiferentemente para justificar tanto una como la otra.

Entre estas estrategias argumentativas hay que mencionar especialmente: la interpretación sistemática y, en el ámbito de ésta, la interpretación conforme.

6.1. La interpretación sistemática

La locución 'interpretación sistemática' está muy difundida en los discursos de los juristas: sin embargo, no parece posible atribuirle un significado preciso. En efecto, la expresión examinada es usada, de hecho, para referirse a las técnicas interpretativas más diversas y separadas entre sí.

A grandes rasgos, se llama sistemática a toda interpretación que pretenda obtener el significado de una disposición a partir de

su ubicación en el "sistema" del derecho: algunas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico, esto es, en el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o una determinada institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen son generalmente concebidos como conjuntos de normas coherentes (sin contradicciones o antinomias) y completos (sin lagunas).

En la práctica, se realiza una interpretación sistemática cada vez que, para decidir el significado de una disposición, no se observa la propia disposición de forma aislada sino el contexto en el que está ubicada. Ese contexto puede ser más o menos amplio: los otros párrafos de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico.

Este modo de argumentar puede esconder operaciones interpretativas también muy distintas. Sin pretender hacer un inventario completo, pueden mencionarse algunos ejemplos.

a) El tipo más simple de interpretación sistemática es probablemente el que *combina* entre sí diversos fragmentos de norma, expresados por distintas disposiciones normativas, de forma que se obtenga una norma completa. La norma completa así obtenida es denominada "*combinato disposto*"*[1].

Por ejemplo, la norma según la cual "Los sujetos que hayan cumplido dieciocho años y cuyos padres sean italianos tienen derecho de voto para la elección de la cámara" nace de la combinación entre: el art. 49.1, const. it. («Son electores todos los ciudadanos [...] que hayan adquirido la mayoría de edad»); la disposición que fija la mayoría de edad en el cumplimiento del décimoctavo año (art. 2.1, cod. civ. it.); las disposiciones que establecen reglas sobre la nacionalidad (especialmente, el art. 1.1 de la ley 91/1992); y el art. 58.1, const. it., que restringe el electorado activo para el senado a aquellos ciudadanos que hayan cumplido veinticinco años.

Del mismo modo: la norma según la cual "El resarcimiento del daño no patrimonial es debido sólo cuando el ilícito dañoso constituya delito" resulta del combinación del art. 2059 cod. civ. it. («El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley») y del art. 185.2, cod. pen. it. («Todo delito, que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al culpable a su resarcimiento [...]»).

b) Un tipo muy común de interpretación sistemática es el que se apoya sobre el argumento de la "sedes materiae". Se usa este argumento siempre que se aduce que una determinada disposición debe ser entendida de una forma determinada (y no de otra) en virtud de su ubicación en el discurso legislativo.

Por ejemplo: la ubicación del art. 88, const. it. (disolución de las cámaras) en el título segundo de la parte segunda de la constitución italiana, dedicado al presidente de la república (y no en el título sucesivo, dedicado al gobierno), constituye un argumento en favor de la tesis de que el poder de disolución es un poder estrictamente presidencial (y no gubernativo), de modo que la iniciativa de disolución corresponde al presidente (y no al gobierno).

c) Una técnica argumentativa típica de la interpretación sistemática es la que consiste en apelar a la presunción de que en el lenguaje legislativo se da una "constancia terminológica". Se trata del punto de vista según el cual el legislador emplea cada término o sintagma siempre con el mismo significado (al menos dentro de un mismo documento normativo); y, recíprocamente, cuando el legislador emplea términos o sintagmas distintos, éstos no pueden tener un mismo significado (al menos: no dentro del mismo documento normativo).

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que términos como "posesión" y "detentación" conservan el mismo significado en las leyes civiles, en las penales y en las tributarias. Para dar otro ejemplo: argumenta así también quien sostiene que, en el texto constitucional, las expresiones 'fuerza de ley' y 'valor de ley' no son sinónimas, es decir, no tienen el mismo significado.

d) Es también típica de la interpretación sistemática, en cambio, la presunción opuesta a la precedente: esto es, aquel punto de vista según el cual toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del contexto específico en el que está situada. De modo que nada garantiza que una misma expresión conserve el mismo significado al cambiar de contexto.

Argumenta así, por ejemplo, quien sostiene que la expresión 'gran empresa' asume significados distintos en las diversas leyes que afectan a las grandes empresas (ley 675/1977, sobre la reconversión y reestructuración industrial, ley 787/1978, sobre

el saneamiento financiero de las empresas, ley 95/1979, sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, etcétera).

e) Son reducibles a la interpretación sistemática todas aquellas soluciones interpretativas que dependen de construcciones dogmáticas preconstituidas, que el intérprete introduce sobre los textos normativos "ab extra", desde el exterior.

Por ejemplo: se sostiene que, en nuestro ordenamiento constitucional, el gobierno *sólo* tiene que gozar de la confianza parlamentaria y no también de la confianza del jefe del estado. Esta tesis podría sostenerse muy simplemente argumentando *a contrario* a partir del art. 94.1, const it., según el cual «El Gobierno debe tener la confianza de las dos cámaras» (se trata de un uso productivo, y no interpretativo, del argumento *a contrario*). Sin embargo, la tesis en cuestión es a menudo argumentada sobre la base de la doctrina según la cual la constitución configura al presidente de la república como un "poder neutro" con funciones de equilibrio entre los poderes y de garantía de la legalidad constitucional.

O bien: la tesis según la cual el art. 23, const. it. («Ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta sino es sobre la base de la ley») debe ser entendido en el sentido de que en materia tributaria la regulación legislativa puede estar integrada por normas reglamentarias, no es argumentable sobre la única base del texto constitucional; esa tesis se fundamenta en la distinción exquisitamente dogmática entre reserva de ley absoluta y reserva de ley (sólo) relativa.

f) Son típicos de la interpretación sistemática algunos de los diversos procedimientos comúnmente empleados para resolver –o más bien: para evitar, para prevenir– antinomias. En particular: la aplicación del principio según el cual "lex specialis derogat legi generali" y la interpretación llamada conforme. Esta última, por su parte, merece una consideración independiente: volveremos sobre ella en un momento.

g) Se pueden reconducir a la interpretación sistemática, en fin, la mayor parte de los distintos procedimientos habitualmente empleados para colmar lagunas. En particular: la aplicación analógica y también la construcción y el uso de los principios.

6.1.1. La interpretación conforme

La interpretación conforme es una especie, entre las más importantes, del género interpretación sistemática. Pueden distinguirse dos tipos ligeramente distintos.

a) En primer lugar, se hace una interpretación conforme siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otra disposición de rango superior. La "superioridad" en cuestión puede ser, indiferentemente, una superioridad material o una superioridad estructural.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales, mientras que la segunda está en contraste con ellas, se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) presunción de que el legislador es respetuoso con la constitución y no pretende violarla.

Constituyen otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación conforme todas las sentencias llamadas "interpretativas" del Tribunal constitucional: ya sean las sentencias interpretativas estimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición completa y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones), ya sean –aún más claramente– las sentencias interpretativas desestimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de forma que sea conforme con la constitución). Pero se encuentran también buenos ejemplos de interpretación conforme en todos aquellos autos en los que uno u otro juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión está manifiestamente infundada ya que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme con la constitución.

Es más, se realiza una interpretación conforme cuando (ante la duda) se interpreta un decreto legislativo delegado de un modo conforme con la ley de delegación (y no de un modo conflictivo con ella); cuando se interpreta una ley regional de conformidad con las leyes estatales que expresan los principios

fundamentales de la materia de que se trate; cuando se interpreta un reglamento de ejecución de modo conforme con las disposiciones de rango legislativo ejecutadas por aquél; y así sucesivamente.

En general, puede decirse que este primer tipo de interpretación conforme surte el efecto de conservar la validez de los textos normativos: en el sentido de que, interpretando de esta forma, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de un texto normativo que resultaría inválido si se interpretara de otro modo.

b) En segundo lugar, se hace una interpretación conforme cada vez que se adapta, se adecua, el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Este caso es distinto del precedente por el hecho de que un principio no necesariamente reviste un rango superior al de la disposición particular: si no es en un sentido meramente axiológico.

Por ejemplo, se realiza una interpretación conforme cuando se entiende como no retroactiva una ley, que también podría ser entendida como retroactiva, adecuándola de este modo al principio general de irretroactividad (art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it.). Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) asunción de que el legislador es respetuoso con los principios generales del derecho y no pretende derogarlos.

Evidentemente, las diversas formas de interpretación conforme tienen la finalidad (y el efecto) de evitar la aparición de antinomias: entre normas de diverso grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación conforme puede ser siempre ulteriormente argumentada –y habitualmente lo es– apelando al dogma de la coherencia del derecho.

Es necesario advertir también que la interpretación conforme puede producir, indiferentemente, resultados "restrictivos" o resultados "extensivos".

Puede suceder, por ejemplo, que para adecuar una disposición legislativa a la constitución sea necesario restringir su campo de aplicación "natural". Esto es, puede ocurrir que una determinada norma sea legítima si es aplicada al supuesto de hecho F_1, mientras que sería ilegitima si se sostuviese también

su aplicabilidad al supuesto de hecho F_2, que es regulado de forma distinta en la constitución.

Pero puede también suceder, en cambio, que para adecuar una disposición legislativa a la constitución sea necesario ampliar su campo de aplicación. Esto ocurre, por ejemplo, siempre que una ley atribuye un beneficio a una clase de sujetos, excluyendo a otra clase de sujetos que, en virtud del principio de igualdad (art. 3.1, const. it.), debería en cambio gozar del mismo beneficio. Se encuentran ejemplos de ello en todas las sentencias "aditivas" del Tribunal constitucional.

7. Interpretación "histórica" e interpretación "evolutiva"

Para concluir, deben mencionarse dos formas de interpretar que no se dejan capturar por la simple pareja de opuestos –interpretación declarativa vs. interpretación correctora– que hemos utilizado hasta aquí. Es necesario introducir una nueva distinción entre los diversos significados que puede asumir una disposición. La distinción es la siguiente.

Se pueden atribuir dos tipos de significado a una disposición –especialmente a una disposición relativamente antigua–:

a) uno de los significados que le fueron atribuidos en el momento de su emanación (no importa aquí determinar si se trata del significado literal o de un significado distinto); o bien

b) uno de los significados que es susceptible de adquirir en el momento en que se la interpreta.

Pues bien, a esta distinción entre significados corresponde la siguiente distinción entre técnicas interpretativas.

1) Se denomina "histórica" a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos en el momento de su emanación.

2) Se denomina "evolutiva" a aquella interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado "histórico".

Para comprender hasta qué punto pueden ser distintos los resultados de estas técnicas interpretativas, tómese el siguiente

ejemplo. La octava enmienda (1791) de la constitución de los Estados Unidos prohibe la imposición de penas «crueles e inusuales». Es obvio que hoy en día son "inusuales" y son sentidas como "crueles" sanciones penales que en 1791 no lo eran: por ejemplo, la pena de muerte. De este modo, la disposición mencionada prohibe la pena de muerte, si se la interpreta de forma "evolutiva"; y la permite, si se la interpreta de forma "histórica".

La interpretación evolutiva es, manifiestamente, "correctora": pero lo que corrige no es (o no es necesariamente) el significado literal de las palabras; corrige el significado "histórico" de las palabras, adaptándolo –por decirlo así– a los tiempos, a las nuevas circunstancias sociales y culturales.

7.1. La interpretación evolutiva

Puede llamarse, pues, evolutiva a aquella interpretación que, rechazando o en todo caso apartándose de consolidadas interpretaciones precedentes, atribuye a un texto normativo un nuevo significado, distinto de aquél que históricamente había asumido.

En general, este tipo de interpretación se funda sobre la asunción de que, cambiando las circunstancias históricas (sociales, culturales, etcétera) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar ("desarrollarse") también la forma de interpretarla. La interpretación evolutiva, en fin, tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas, no previstas por el legislador histórico.

Por esta razón, la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad "del legislador" (que es, en cambio, el argumento fundamental de la interpretación "histórica"). El argumento que más se adapta a la interpretación evolutiva es el de la "naturaleza de las cosas": la interpretación de la ley debe cambiar cuando lo hacen las circunstancias en que la ley debe ser aplicada.

La interpretación evolutiva no es necesariamente extensiva y tampoco necesariamente restrictiva. Su resultado puede ser tanto una extensión como una reducción del campo de aplicación de una determinada ley.

Por ejemplo, es extensiva la interpretación (evolutiva) del art. 2, const. it., que incluye entre los derechos inviolables del hom-

bre también el denominado derecho a la identidad personal. En cambio, es restrictiva la interpretación (también evolutiva) que restringe el significado del vocablo "obsceno" (art. 528.1 y 2, cod. pen. it.) de forma que excluye que puedan considerarse obscenos escritos o espectáculos cinematográficos que en el pasado eran considerados como tales.

Cuando la interpretación evolutiva se reduce a una extensión del significado literal de la ley, algunas veces puede ser argumentada ulteriormente apelando al dogma de la completud del derecho: si el significado de la ley no se extendiera para cubrir nuevos supuestos de hecho, no incluidos en su significado literal (porque no fueron previstos por el legislador histórico), el derecho contendría lagunas y esos supuestos de hecho quedarían privados de toda regulación jurídica.

Nota

1* N. del T.: Es esta una expresión de uso corriente en la dogmática italiana. Sin embargo, hasta donde conozco, en lengua española no se ha asentado el uso de ninguna expresión específica para hacer referencia a este tipo de normas. Por ello, en lo que sigue, me referiré a ellas mediante la expresión italiana o, en algunos casos, utilizando una paráfrasis.

III

La función jurisdiccional en la Constitución del año III

1. El concepto de especialización de las funciones

En el seno de una organización política en la que los poderes del estado están separados, el poder judicial queda definido por su doble relación con el legislativo y con el ejecutivo. Mi atención, sin embargo, se circunscribirá a la relación entre el poder judicial y el legislativo.

En la Constitución del año III (1795), la función legislativa y la jurisdiccional están separadas –me parece– de forma muy clara. Están separadas, en particular, en el sentido de la "especialización": un determinado órgano está especializado en el ejercicio de la función legislativa, otro órgano (o más bien: un conjunto de órganos) está especializado en el ejercicio de la función jurisdiccional.[1]

El vocablo 'especialización' es empleado habitualmente en cualquier discurso sobre la separación de poderes. Sin embargo, es extraño encontrar un análisis satisfactorio del mismo. Conviene por ello empezar intentando clarificar el concepto de especialización.

En mi opinión, se puede decir que, en sentido técnico-jurídico, 'especialización' denota una *reserva* de competencia o de función. Diremos pues que un cierto órgano (o conjunto de órganos) está especializado en el ejercicio de una determinada función cuando esa función le está completamente reservada.

A su vez, el concepto de reserva puede ser fácilmente clarificado, desde el punto de vista normativo, recurriendo a la noción, absolutamente elemental, de *prohibición*. El ejercicio de una determinada función está reservado a un determinado órgano si, y sólo si, está prohibido para cualquier otro órgano.[2]

Es inútil decir que, para conocer el objeto de la reserva y/o de la prohibición, hay que ofrecer una definición de la función reservada y/o prohibida.

2. La especialización de las funciones legislativa y jurisdiccional

Los elementos esenciales de la doble especialización que ahora nos interesa son los siguientes:

1) Por lo que respecta a la función jurisdiccional:

(1.1) *Prohibición al legislador de ejercer la función jurisdiccional.*

El art. 46 de la Constitución del año III establece que el Cuerpo legislativo «ne peut exercer par lui-même, ni par des délégués [...] le Pouvoir judiciaire». El art. 202, por su parte, dispone que «Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées [...] par le Corps législatif». Disposiciones análogas se encuentran en diversas constituciones revolucionarias. El art. 1, título III, cap. V, de la Constitución de 1791 establece que «le Pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif [...]». El art. 5, título X, sección I, del proyecto de constitución llamada "girondina" (presentado a la Convención nacional los días 15 y 16 de febrero del año II) establece que «les fonctions judiciaires ne peuvent, en aucun cas et sous aucun prétexte, être exercés [...] par le corps législatif».

Como es evidente, se trata de formulaciones distintas de una misma regla: la jurisdicción (entendida como actividad judicial) está prohibida al legislador y reservada al juez.

Por otro lado, el art. 46 de la Constitución del año III expresa también el principio de independencia "orgánica" de los jueces respecto del Cuerpo legislativo, dado que no sólo prohibe al legislador ejercer la función jurisdiccional directamente, sino también «par des délégués», por medio de sus delegados. Esto significa que los jueces (aquellos que ejercen la función judicial) no pueden ser en ningún caso funcionarios dependientes del legislador. No hay ninguna relación jerárquica entre el órgano legislativo y los órganos jurisdiccionales. (Queda claro, no obstante, que las relaciones jurídicas entre los órganos deben

ser netamente distinguidas de las relaciones –al mismo tiempo jurídicas y conceptuales– entre las distintas funciones: no hay jerarquía entre órganos legislativos y órganos judiciales, pero la función jurisdiccional está obviamente subordinada a la legislativa, como veremos enseguida).

(1.2) *Establecimiento del Tribunal de casación*

El art. 255 prevé un Tribunal de casación competente para conocer no ya el mérito, el «fond des affaires», sino sólo la violación de las formas procesales (establecidas, obviamente, por la ley) y, de un modo más general, toda «contravention expresse à la loi».[3]

Es cierto que el Tribunal de casación[4] no tiene otra función que la de asegurar la conformidad de las sentencias a la ley: es pues un instrumento de control indirecto del legislador sobre la jurisprudencia.[5] No obstante, el Tribunal de casación es un órgano jurisdiccional, no legislativo. De modo que su establecimiento excluye que el control de la aplicación judicial de la ley pueda ser realizado por el propio legislador: se trataría de una derogación de la regla de la especialización. En un régimen de especialización de los poderes, un control legislativo sobre el ejercicio de la función jurisdiccional es inadmisible. El control sobre la jurisdicción (sobre el contenido de las decisiones jurisdiccionales) puede ser ejercido únicamente por un órgano que es, también, jurisdiccional.

2) Por lo que respecta a la función legislativa:

(2.1) *Prohibición a los jueces de ejercer la función legislativa.*

El art. 203 establece que «les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ni faire aucun règlement». Formulaciones distintas de esta misma regla se pueden encontrar también en el art. 10, título II, de la ley 16-24 de agosto de 1790 («Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif [...]»); en el art. 3, título III, cap. V, de la Constitución de 1791 («Les tribunaux ne peuvent [...] s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif [...]»); en el art. 5 del Code civil («Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises»); y en el art. 127 del Code pénal (1810), que sanciona a los jueces que «se se-

ront immicés dans l'exercice du pouvoir législatif [...] par des règlements contenant des dispositions législatives».[6]

Así pues, del mismo modo que la jurisdicción está reservada a los jueces y precluida al legislador, también la legislación está reservada al legislador y vedada a los jueces. Una formulación explícita de este mismo principio se encuentra en el art. 1, título VII, sección II, de la "Constitución girondina": «Au Corps législatif seul appartient l'exercice plein et entier de la puissance législative».

(2.2) *Prohibición a los jueces de rechazar la aplicación de la ley.* El art. 203 de la Constitución del año III, ya citado, añade que los jueces «ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi». La misma regla es también expresada por el art. 10, título II, de la ley 16-24 de agosto de 1790 («Les tribunaux ne pourront [...] empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif [...]») y por el art. 3, cap. V, título III, de la Constitución de 1791 («Les tribunaux ne peuvent [...] suspendre l'exécution des lois»).[7] El art. 127 del Code Pénal, por su parte, sanciona a los jueces «qui seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif [...] en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois».

Una regla así implica, evidentemente, la prohibición absoluta de cualquier control jurisdiccional sobre la conformidad de las leyes a la constitución, ya que el juez no puede rechazar la aplicación de la ley en ningún caso: por tanto, tampoco en el caso en que sostenga que una ley es incompatible con la constitución.[8] El rechazo o la suspensión de la aplicación de la ley –también de la ley inconstitucional– por parte de los jueces es considerado como una violación de la regla de la especialización de los poderes. Se trataría de una participación "indirecta" (art. 10, título II, ley 16-24 de agosto de 1790) de los jueces en la función legislativa.

El poder de rechazar la aplicación de una ley o de suspender su eficacia (tal como es conferido a los jueces en los Estados Unidos a partir de 1803)[9] o, *a fortiori*, el poder de anular una ley con efectos *erga omnes* (como proponía Sieyès)[10] no es pues concebido como parte de la función jurisdiccional sino, en cambio, como parte de la propia función legislativa.[11]

No sorprende, pues, que el proyecto de *jury constitutionnaire* presentado por Sieyès[12] fuese rechazado. Más bien, es destaca-

ble el hecho de que el proyecto de Sieyès no fuese rechazado sobre la base de argumentos "democráticos"[13] –la soberanía (*idest* la omnipotencia) del Cuerpo legislativo, órgano electivo, representante del pueblo o de la nación[14]– y tampoco apelando al principio de la separación de poderes. Las ideas de Sieyès, en cambio, fueron rechazadas sobre la base del argumento (ofrecido por Berlier, La Revellière y Thibaudeau) según el cual el *jury constitutionnaire*, en cuanto órgano colocado «au sommet de l'édifice» habría sido el órgano más poderoso (si no decididamente omnipotente) y, al mismo tiempo, libre de todo control.[15]

Finalmente, son oportunas dos últimas observaciones.

a) En primer lugar, es necesario advertir que la combinación de la institución de la Casación, por un lado, y la prohibición de todo control jurisdiccional sobre las leyes, por el otro, excluye cualquier forma de "equilibrio" entre los poderes legislativo y judicial.

b) En segundo lugar, es necesario adveritr que el art. 46 de la Constitución del año III expresa ciertamente el principio de la independencia "orgánica" de los jueces respecto del legislador: pero, como se mencionaba, la independencia de los órganos no debe ser confundida con la independencia de las funciones.

Desde el punto de vista orgánico, los jueces no pueden ser "delegados" del Cuerpo legislativo, pero desde el punto de vista funcional la jusrisdicción es completamente dependiente de la legislación. En cuanto aplicación de la ley, la jurisdicción presupone obviamente la ley a aplicar. Aquella es, pues, una actividad lógicamente (y jurídicamente) "secundaria" respecto de la legislación.[16] Las dos funciones están por tanto jerarquizadas. En otras palabras, los jueces son efectivamente independientes del legislador, pero la jurisdicción está subordinada a la legislación. Esto muestra con total claridad que la separación de los "poderes" no implica necesariamente la separación de las "funciones".

3. La noción de función legislativa

Por otro lado, la Constitución del año III no ofrece ninguna definición explícita de la función legislativa.

1) Un primer fragmento de la noción de función legislativa, sin embargo, se encuentra en todas aquellas disposiciones que

prohiben a los jueces pronunciarse «par voie de disposition générale et réglementaire» (así, el art. 5 del Code civil; pero véase también el art 203 de la Constitución del año III).[17] Esas disposiciones muestran que el poder de hacer “règlements” es concebido como parte integrante de la función legislativa: y es precisamente por esa razón que el ejercicio de ese poder está prohibido a los jueces.[18]

En este contexto, el vocablo ‘règlement’ denota –me parece– toda prescripción general y abstracta. Dicho de otro modo, disponer de forma general y abstracta pertenece a la función legislativa.

2) Un segundo fragmento (completamente implícito) de la noción de función legislativa se encuentra, quizás, en el principio de igualdad, establecido por el art. 3 de la Declaración de derechos incorporada en la Constitución del año III: «L’égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu’elle protège, soi qu’elle pinusse».

(Formulaciones distintas están contenidas en los arts. 1 a 6 de la Declaración de derechos de 1789: «Les hommes naissent et demeurent [...] égaux en droits», «Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux [aux yeux de la loi] [...]»; y también en los arts. 2, 3 y 4 de la Declaración de derechos del año I: «Ces droits [naturels de l’homme] sont l’égalité [...]», «Tous les hommes sont égaux [...] devant la loi», «La loi [...] est la même pour tous [...]».)[19]

El principio de igualdad, en efecto, parece prohibir la emisión de cualquier ley que no sea general y abstracta: una ley personal o singular sería evidentemente discriminatoria y contradiría ese principio.[20] Por otro lado, según el art. 4, título VII, sección II, del proyecto de “Constitución girondina”, «les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinie». En consecuencia, el legislador no tiene el derecho (o el poder) de dictar prescripciones individuales y concretas. Como dice Boissy-D’Anglas, en su *Discours préliminaire au projet de constitution*, «il faut que les lois soient générales, qu’elles embrassent tous les hommes, [...] et la contraire arrive nécessairement, si le législateur peut encore être chargé de l’exécution: alors vous n’avez plus des lois positives, vous n’avez que des décisions appliquées à des cas particuliers».[21]

Así pues, la legislación no sólo consiste en crear reglas impersonales, sino también, más precisamente, en crear *única-*

mente reglas impersonales. Como dirá Portalis: «la loi statue sur tous: elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers; elle ne doit point se mêler des faits individuels».[22]

3) Un tercer fragmento de la noción de función legislativa (implícito en la Constitución del año III) se puede encontrar en la institución del *référé législatif* obligatorio. El art. 256 establece que «Lorsque, après una cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au Tribunal de cassation, sans avoir être soumise au Corps législatif, qui porte une loi à laquelle le Tribunal de cassation est tenu à se conformer».[23]

Se deduce de esta regla que la interpretación "auténtica" de la ley es parte esencial de la función legislativa. En este contexto, por "interpretación auténtica" se debe entender no sólo cualquier interpretación realizada por medio de una nueva ley, fuera de toda controversia, provista de un efecto retroactivo y vinculante para todos, sino también toda interpretación *en abstracto* en cuanto tal.[24]

La noción de interpretación *en abstracto* –o *"par voie d'autorité"*–[25] puede ser clarificada recurriendo a algunas sugerencias de Michel Troper.[26]

En principio, toda decisión jurisdiccional puede ser concebida como un silogismo, en el que la premisa mayor es la regla jurídica aplicada, la premisa menor es la calificación jurídica del supuesto de hecho presentado al juez y la conclusión es una prescripción individual.[27] Una de las primeras formulaciones (quizás, la primera) de esta idea se remonta notoriamente a Beccaria, cuyo trabajo *Dei delitti e delle pene* (publicado en Italia en 1764, traducido en Francia en 1766) era bien conocido en la época de la Revolución: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o la pena».[28]

Ahora bien, en todo silogismo jurisdiccional se oculta (necesariamente) una interpretación *en concreto* –o "par voie de doctrine"–[29] que, muy simplemente, consiste en la calificación jurídica del supuesto de hecho.[30] El juez, en cambio, no realiza ninguna interpretación *en abstracto* –según las ideas de la Revolución– a condición de que la premisa mayor se limite a reproducir la letra de la ley. Es la concepción de Montesquieu –se

podría decir– si se toma en serio o literalmente: el juez no es más que «la bouche qui prononce *les paroles* de la loi», cualquier juicio no debe ser más «qu'*un texte précis* de la loi».[31]

Por otro lado, el juez no se limita a la interpretación *en concreto* e interpreta, en cambio, *en abstracto*, no sólo cuando interpreta más allá de una controversia específica, sino también cada vez que utiliza como premisa mayor del silogismo un enunciado que no sea idéntico al texto de la ley. La interpretación *en abstracto* es una nueva formulación de la ley y una nueva formulación de la ley no es más que una nueva ley: por ello, es propia del poder legislativo.

4. La noción de función jurisdiccional

Tampoco se encuentra en la Constitución del año III una definición explícita de la función jurisdiccional.

1) Un primer fragmento de la noción de función jurisdiccional se puede encontrar, sin embargo, en el art. 208 de la Constitución: «les jugements [...] sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée». Esto significa que todo juicio debe ser no sólo motivado sino que, además, debe estarlo sobre la base de la ley.

De esta formulación se puede extraer una conclusión simple: juzgar consiste en aplicar la ley, y nada más que la ley, es decir, en resolver controversias de conformidad con la ley y sólo con ella. (Por otro lado, el principio según el cual todo juicio debe ser conforme con la ley está implícito también en el art. 255, que establece que el Tribunal de casación es competente para conocer toda «violation expresse à la loi».)

a) En primer lugar, motivar una decisión consiste en fundar lógicamente su contenido, es decir, en obtener (en particular: en deducir) su contenido de ciertas premisas aceptadas. Ahora bien, hablando de forma general, toda decisión jurisdiccional consiste en la producción de una prescripción individual. Y una prescripción individual no puede ser deducida más que de una regla general. Así, juzgar consiste en deducir una prescripción individual a partir de una regla general preexistente. Es precisamente a esto a lo que se suele llamar "aplicación" de una regla general a un caso concreto.[32]

b) En segundo lugar, la ley es la única fuente posible de reglas generales. En efecto, toda decisión jurisdiccional debe mencionar la ley que aplica, esto es, la regla general de la que se deduce la prescripción individual no puede obtenerse más que de la ley.

Por otro lado, si el juez no está autorizado a negarse a juzgar y si toda decisión jurisdiccional debe estar fundada sobre la ley, es necesario que la ley ofrezca reglas susceptibles de dar solución a cualquier controversia. En suma, es necesario que el derecho sea completo.

(1.1) A este respecto, debe subrayarse que, en efecto, –según la Constitución del año III– toda controversia *puede* ser resuelta simplemente aplicando la ley, ya que el ordenamiento jurídico instaurado por esa Constitutción es un sistema de reglas *completo*.

La completud lógica del sistema está asegurada por el art. 7 de la Declaración de derechos incorporada a la Constitución, que establece de forma muy clara que: «ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché» y que «nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». Por otro lado, la misma regla estaba ya escrita en la Declaración de derechos de 1789 (art 5).[33]

Se trata de una verdadera regla de clausura (una regla general "negativa" o "excluyente"), que tiene como consecuencia que cualquier conducta esté deónticamente calificada por el derecho, ya que todo comportamiento que no esté prohibido por una regla particular está permitido por la regla general de clausura.[34] Es necesario subrayar que la regla en cuestión no es aplicable únicamente en el ámbito del derecho penal:[35] abarca el sistema jurídico completo, dado que la Declaración de derechos del año III no distingue de ningún modo la materia penal de la materia civil.

En consecuencia, toda controversia puede ser decidida sobre la única base del derecho existente. El juez, en efecto, –argumentando *a contrario*– debe rechazar toda pretensión del actor que no esté fundada en una regla preexistente a la controversia y que imponga al demandado una obligación precisa. Por tanto, en ningún caso el juez se verá obligado a crear derecho nuevo para resolver una controversia que le sea presentada.

Esta regla de clausura, bien entendida, es bastante distinta de la regla establecida en el art. 4 del Code civil («Le juge

qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»). El art. 4 del Code civil obliga efectivamente a los jueces a resolver cualquier controversia –actuando *como si* el sistema jurídico fuese completo– pero no expresa en absoluto una regla de clausura. Al contrario, autoriza al juez a interpretar libremente la ley y a colmar las lagunas.[36] «Le cours de la justice –dice Portalis– serait interrompu, s'il n'était pas permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis».[37] Y más aún: «La prévoyance du législateur est limitée [...] Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles».[38] «Il est donc une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer».[39]

Por otra parte, es necesario destacar que, según Portalis, sólo el derecho civil es incompleto y susceptible de ser completado por la jurisprudencia, mientras que «en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence. Il en est autrement en matière civil: là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indécises sans forcer chaque citoyen à devenir juge de sa propre cause [...]».[40] En otras palabras, según Portalis, la regla de clausura es aplicable únicamente en el ámbito del derecho penal y no abarca al sistema jurídico en su conjunto.

2) Un segundo fragmento de la noción de función jurisdiccional se encuentra en todas las disposiciones –ya mencionadas– que prohiben a los jueces pronunciarse «par voie de disposition générale et réglementaire» (art. 5 del Code civil, art. 203 de la Constitución del año III).

Se deriva de esa prohibición que la función jurisdiccional consiste sólo en formular prescripciones individuales y concre-

tas. Cualquier *arrêt de règlement* –es decir, toda decisión que contenga una regla general y abstracta, susceptible de ser aplicada en una pluralidad de casos concretos –constituiría un ejercicio de la función legislativa.

Esto es confirmado, por otra parte, por el art. 1351 del Code civil, en virtud del cual «l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce que a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandé soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité». La idea subyacente –bien formulada por Portalis– es que «le juge deviendrait législateur s'il pouvait par des règlements statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient. Un règlement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même».[41]

3) Un tercer fragmento de la noción de función jurisdiccional está implícito en la institución del *référé législatif* obligatorio (art. 256 de la Constitución del año III), de la que ya hemos hablado a propósito de la función legislativa.

Se obtiene de la institución del *référé législatif* obligatorio que la interpretación de la ley *en abstracto* es parte esencial de la función legislativa y, por tanto, es extraña a la función jurisdiccional.[42]

Desde este punto de vista, la regla del art. 256 de la Constitución del año III no parece distinta de la establecida por el art. 12, título II, de la ley del 16-24 de agosto de 1790 (aunque esta es relativa al *référé* facultativo): «Ils [les juges] ne pourront point faire de règlements, mais il s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle».[43]

Evidentemente, no es posible prohibir a los jueces todo tipo de interpretación, incluida la interpretación *en concreto*.[44] Dicho de otro modo: no se puede impedir a los jueces que califiquen jurídicamente los hechos que se les presentan, ya que en tal caso se tornaría imposible cualquier juicio.[45] Pero interpretar la ley *en abstracto* no es aplicarla: es más bien crearla o recrearla.[46] Interpretar *en abstracto*, en efecto, no es otra cosa que formular o reformular la premisa mayor del silogismo jurisdiccional.[47]

Estamos aquí ante una teoría de la interpretación muy distinta de la que compartían los redactores del Code civil.

Es cierto que Portalis no sostiene (como sostienen hoy los exponentes del "realismo jurídico") que todo texto legislativo exija una interpretación, sin la cual no sería posible aplicarlo. Él sostiene, como todos en su época, que el juez «ne serait partager le pouvoir législatif» y que una decisión jurisdiccional no es «un acte de souveraineté».[48] Pero Portalis sostiene también que «on ne plaide jamais contre un texte précis de loi»,[49] «il est rare qu'il naisse des contestations sur l'application d'un texte précis».[50] Como dice Tronchet, «les contestations civiles portent sur le sens différent que chacune des parties prête à la loi: ce n'est donc par une loi nouvelle, mais par l'opinion du juge, que la cause doit être décidée».[51] En consecuencia, según los redactores del Code civil, «il est souvent nécessaire d'interpréter les lois».[52] En particular, la interpretación (*en abstracto*) de la ley, según Portalis y Tronchet, es necesaria cada vez que la ley no resulta clara.

Es por esta razón que los redactores del Code civil se toman la molestia de dictar, en el título V del Proyecto de Libro preliminar, una serie de reglas de interpretación: (a) la obligación de preferir la interpretación literal (la más conforme con el sentido "natural" o común de las palabras)[53] teniendo en cuenta el contexto;[54] (b) la prohibición de la interpretación extensiva[55] y de la aplicación analógica;[56] (c) la prohibición de la interpretación restrictiva (esto es, prohibición de distinguir allí donde la ley no distingue).[57]

En cambio, la teoría de la interpretación subyacente a la Constitución del año III –y, más en general, a todos los textos revolucionarios– parece una suerte de realismo ingenuo.

Realismo, puesto que los revolucionarios –un poco como los "realistas" (especialmente americanos) del siglo veinte– piensan que la interpretación, al menos la interpretación *en abstracto*, es una actividad genuinamente productora de derecho y no meramente cognoscitiva de un derecho ya dado y preexistente.[58]

Pero realismo ingenuo, no obstante, ya que los revolucionarios piensan al mismo tiempo que es posible aplicar la ley sin interpretarla. La ingenuidad está en creer que la calificación jurídica del supuesto de hecho (la interpretación *en concreto*) es lógicamente distinta de la interpretación *en abstracto* o de la interpretación sin ulteriores especificaciones, mientras que desde un punto de vista lógico las dos cosas son idénticas.[59] Por

otro lado, el ligamen entre los dos tipos de interpretación es evidente ya en la propia institución del *référé législatif*, dado que el *référé* es necesario en situaciones de conflicto jurisdiccional entre dos interpretaciones *en concreto*, pero lo que resulta de la decisión del legislador es precisamente una interpretación *en abstracto*.[60]

5. Sobre la concepción material de la jurisdicción

La Constitución del año III supone pues una concepción "material" de las funciones jurisdiccional y legislativa: lo que, por otra parte, es un presupuesto de la especialización.[61]

La concepción material de la jurisdicción y de la legislación que se obtiene de la Constitución del año III (y de otros textos revolucionarios) puede resumirse como sigue:[62]

1) Legislar es producir reglas generales y abstractas, mientras que juzgar es formular prescripciones individuales y concretas.

2) La ley es el resultado de un acto de libre voluntad (la ley es expresión de la voluntad general), mientras que la decisión jurisdiccional es el resultado de un doble acto de conocimiento: conocimiento de los hechos sometidos al juez y conocimiento de la ley.

3) En consecuencia, la legislación es una actividad "primaria" ("inicial", como dice Carré de Malberg),[63] independiente de toda otra actividad estatal, mientras que la jurisdicción es una actividad necesariamente subordinada a la ley, lógicamente dependiente de la legislación.

En fin, la legislación es una creación de derecho nuevo, mientras que la jurisdicción no es más que conocimiento y aplicación del derecho preexistente. Legislar es "hacer" el derecho, juzgar es "decirlo".[64]

Desafortunadamente, esta (doble) definición de la legislación y de la jurisdicción, si bien permanece inscrita en nuestras instituciones, es hoy en día muy discutible, tanto por razones empíricas como conceptuales.[65]

a) En primer lugar, en todos los sistemas constitucionales modernos se encuentra una multiplicidad de actos formalmente "legislativos" cuyo contenido, sin embargo, no es en absoluto general y abstracto. Debería concluirse que, desde el punto de

vista material, esos actos no son leyes sino actos de ejecución o de aplicación ocultos tras una forma exterior legislativa. Sin embargo, una conclusión como esta supondría una clara contradicción tanto con el lenguaje común de los juristas como con el derecho constitucional positivo.

b) En segundo lugar, según algunas teorías del derecho contemporáneas, la legislación no es en absoluto una actividad "primaria", libre e independiente: al contrario, la legislación no es más que una actividad de aplicación de la constitución. Desde este punto de vista, del mismo modo que juzgar consiste en aplicar la ley, legislar consiste en aplicar la constitución.

c) En tercer lugar, en ningún caso lo que suele denominarse aplicación de la ley puede ser concebido como un simple acto de conocimiento de reglas preexistentes, ya que la ley no es más que un texto, que no puede ser aplicado sino después de haberlo interpretado. Las reglas se extraen de ese texto decidiendo su significado. De modo que ninguna regla existe antes de la interpretación. Por otro lado, la interpretación de un texto no es conocimiento de un significado que preexista a la interpretación misma: es más bien una elección de un significado determinado entre una multiplicidad de significados posibles.

d) En cuarto lugar, ninguno o casi ninguno de los sistemas jurídicos modernos es en absoluto completo (en general, sólo en el ámbito penal existe una regla de clausura) y los jueces están positivamente autorizados a crear reglas nuevas, es decir, a comportarse como legisladores, para colmar las lagunas.

Estas son, pues, buenas razones para distinguir entre legislación y jurisdicción siguiendo las sugerencias de Carré de Malberg, esto es, haciendo abstracción del contenido de los actos (legislativos y jurisdiccionales) y poniendo la atención, en cambio, en la estructura de los órganos, en el procedimiento de formación de las decisiones, en el estilo de los textos en los que se formulan las decisiones y en su régimen jurídico.[66]

Notas

1. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980, 19 ss.; M. Troper, "Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 20, 1990, 71 ss.; G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, XXIII ed., Paris, 1993, 105 ss.

2. R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995.
3. Expresan también el mismo principio el art. 20, título III, cap. V, de la Constitución de 1791 y los arts. 99 de la Constitución del año I y 66 de la Constitución del año VIII. Una función parecida a la del Tribunal de casación es atribuida a los «censeurs judiciaires» por los arts. 1 a 4, título X, sección IV, de la "Constitución girondina".
4. Adviértase que el Tribunal de casación es «établi auprès du Corps législatif»: cfr. art. 19, título III, cap. V, de la Constitución de 1791.
5. Por esta razón, puede decirse que «la non-ingérence du pouvoir législatif dans les activités judiciaire fut loin de préoccuper les révolutionnaires» (G. Giudicelli-Delage, *Institutions jurisdictionnelles*, II ed., Paris, 1993, 24).
6. Cfr. también el art. 6, título X, sección I, de la Constitución girondina.
7. Cfr. también el art. 6, título X, sección I, de la Constitución girondina.
8. G. Giudicelli-Delage, *Institutions jurisdictionnelles*, cit., 23-24.
9. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803): «a legislative act contrary to the constitution is not law [...]. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of such government must be, that an act of a legislature, repugnant to the constitution is void. [...] So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. [...] If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such an ordinary act, must govern the case to which they both apply». Cfr. Sieyès, en P. Bastid (ed.), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, Paris, 1939, 32: «Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code?».
10. Cfr., en particular, el art. VIII del proyecto de decreto propuesto por Sieyès el 18 termidor: «Les actes déclarés inconstitutionnels par arrêt du jury constitutionnaire, sont nuls et comme non evenus» (P. Bastid (ed.), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, cit., 45).
11. Sin embargo, «la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués» (Sieyès, en P. Bastid (ed.), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, cit., 20) era absolutamente clara ya en la Constitución de 1791 (título III, art. 3; título III, cap. III, art. 1), en la que el poder legislativo –como, por otra parte, cualquier otro poder– es expresamente concebido como un poder "delegado" (delegado por la constitución y, por tanto, subordinado al poder constituyente) y la revisión constitucional está prohibida a todos los poderes constituidos (o «institués»: título VII, art. 8, párrafo 3). Por otro lado, en el título primero de la Constitución de 1791 se puede leer una disposición que establece que: «Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civiques consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution».
12. Sieyès, en P. Bastid (ed.), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, cit., 20-21, 32-36.
13. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, 1931, 51. Cfr. M. Troper,

"Justice constitutionnelle et démocratie", en *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 1990, 31 ss.; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, 1994, 329 ss. El argumento democrático contra el *judicial review* es formulado así por Hamilton, en *Federalist*, 78: «It is urged that the authority which can declare the acts of another void must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void». El contra-argumento de Hamilton es que «every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution can be valid. To deny this would be to affirm [...] that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not authorise, but what they forbid». Un argumento análogo se encuentra en Sieyès, en P. Bastid (ed), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, cit., 34.

14. «L'universalité des citoyens français est le souverain» (art. 2, Constitución del año III). Sin embargo, la Constitución del año III es una constitución esencialmente aristocrática (art. 35). Cfr. Boissy d'Anglas, *Discours préliminaire au project de constitution pour la République française* (Séance du 5 messidor, an 3), imprimé par ordre de la Convention nationale, 2 s., 6,10, 14, 17 ss.
15. Cfr. M. Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, 1991, 128. Cfr. también P. Bastid, en P. Bastid (ed.), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III*, cit., 88; G. Burdeau, *Traité de science politique*, III ed., t. IV, *Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, 1984, 379-380.
16. Cfr. la tesis de R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, cit., 35, 39, 42, 54, sobre el poder legislativo en cuanto «puissance initiale» (en relación al poder ejecutivo).
17. Cfr. Portalis, "Discours de présentation du Code civil" (3 frimaire an X), en J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, Caen, 1989, 108.
18. Cfr. art 3, título V, del Proyecto de Libro preliminar del Code civil, presentado por la Comisión de gobierno el 24 termidor año VIII: «Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges» (en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil. La raison di législateur*, Paris, 1989, 96).
19. Cfr. también los arts. 7 y 8 del proyecto de Declaración de derechos incorporada en la Constitución girondina: «L'égalité consiste en ce que chacun puisse jouir des mêmes droits», «La loi doit être égale pour tous [...]».
20 Cfr. Ph. Raynaud, "La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française", en *Archives de philosophie du droit*, 30, 1985, 64; J. Chevallier, "La séparation des pouvoirs", en Association Française des Constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, 1990, 124.
21. Boissy d'Anglas, *Discours préliminaire au projet de constitution pour la République française*, cit., 44.
22. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", en J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, 30; trad. cast. *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, Valparaíso (Chile), 1978, 44-46. Cfr. también el art. 7, título I, del Proyecto de Libro preliminar del Code civil: «Elle [la loi] ne statue point sur les faits individuels [...]».
23. Cfr. también el art. 21, título III, cap. V, de la Constitución de 1791 y el art. 5, título X, sección IV, de la Constitución girondina.

24. Cfr. el art. 4 del título IV del Proyecto de Libro Preliminar del Code Civil: «Une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée».
25. «Il y a deux sortes d'interpretation; celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interpretation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement» (art. 2, párrafo 2, título V, Proyecto de Libro preliminar del Code civil).
26. M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992, 834 ss.
27. Cfr. L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1907, 241: «Toute décision jurisdictionnelle est un syllogisme: la majeure est le rappel de la règle de droit; la mineure est la constatation soit d'un acte ou d'un fait contraire à cette règle soit d'une situation de droit née conformément à cette règle, et la conclusion est une désition qui est la conséquence logique de la constatation».
28. C. Beccaria, *Dei deliti e delle pene* (1764), § IV; trad. cast., *De los delitos y de las penas*, a cargo de J. Jordá, Barcelona, 1983, § IV. Una formulación análoga se encuentra en un texto de Condorcet publicado en 1792; Condorcet, *Oeuvres*, Paris, 1847, t. X, 595, cit. por P. Pasquino, *Uno e trino*, Milano, 1994, 27.
29. Cfr. art 2, párrafo 2, título V, Proyecto de Libro preliminar del Code civil, cit.
30. Desde el punto de vista lógico, debe distinguirse cuidadosamente entre los problemas de conocimiento de los hechos y los problemas de calificación jurídica de los hechos mismos. Los primeros son problemas empíricos, mientras que los segundos son problemas de interpretación (toda calificación del hecho condicionante presupone una interpretación del texto, aunque la interpretación preseleccionada puede permanecer implícita). Pero, en la práctica, no es posible separar netamente las dos cosas.
31. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. VI; trad. cast., *Del espíritu de las leyes*, a cargo de E. Tierno Galván, Madrid, 1985, libro XI, cap. VI. Cfr. la opinión del tribuno Mailla-Garat relativa al Proyecto de Libro preliminar del Code civil (y en particular la disposición sobre el *déni de justice*), en *Naissance du Code civil*, cit., 120 ss.
32. E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y* derecho, Madrid, 1991, 355 ss.; Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, 259 ss.
33. Cfr. también el art. 3 del proyecto de Declaración de derechos incorporada en la Constitución girondina.
34. D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910. Cfr. A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, 80 ss.; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971, cap. VII; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, cap. VII: N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 94 ss.
35. Cfr. el art. 7 de la Declaración de derechos de 1789; el art. 10 de la Declaración de derechos del año I; el art. 8 de la Declaración de derechos del año III; el art. 11 de la Declaración de derechos de la Constitución girondina.
36. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", cit., 26 ss.; trad. cast., *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, cit., 36 ss. Cfr. J.

Ghestin, G. Goubeaux, *Introduction générale*, Traité de droit civil, dirigido por J. Ghestin, Paris, 1977, 326: «Les hommes de la Révolution [...] ont admis [...] l'interprétation judiciaire de la loi, et même le comblement des ses lacunes et la correction de ses insuffisances. C'est ce qui exprime l'article 4 du Code civil. [...] Ainsi en vertu des articles 4 et 5 du Code civil le juge est autorisé à créer éventuellement une règle particulière qu'il appliquerà au litige déterminé qui lui est soumis. Mais cette règle ne peut avoir en principe une portée générale».

37. Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 119. Cfr. también Portalis, "Exposé des motifs du titre préliminaire", en J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, cit., 75-76.
38. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", cit., 27; trad. cast., *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, cit., 38-39.
39. Portalis, "Exposé des motifs du titre préliminaire", cit., 75-76.
40. Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", cit., 28-29; trad. cast., *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, cit., 39-43.
41. Portalis, "Exposé des motifs du titre préliminaire", cit., 77.
42. M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", cit., 835-836; M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, cit., 61.
43. Cfr. también el art. 9 del título I del primer proyecto de constitución del 17 de agosto de 1789: «Il ne sera pas permis à aucun juge, en quelque manière que ce soit, d'interpréter la loi; et, dans le cas où celle-ci serait douteuse, il se retirera devers le corps législatif, pour en obtenir, s'il n'était besoin, une loi plus précise» (cit. por M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", cit., 835).
44. Cfr. Tronchet, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 118. Cfr. también la opinión del Ministro de Justicia (ibidem): «Il y a deux sortes d'*interprétations*, celle de *législation* et celle de *doctrine*; [...] cette dernière appartient essentiellement aux tribunaux; [...] la première est celle qui leur est interdite; [...] lorsqu'il est défendu aux juges d'*interpréter*, il est évident que c'est de l'*interprétation législative* qu'il s'agit».
45. La interpretación sin ulteriores especificaciones está, sin embargo, prohibida a los jueces por el art. 6, título X, sección I, de la Constitución girondina: «ils ne peuvent interpréter les lois ni les étendre, en arrêter ou suspendre l'exécution». Por otra parte, «une mauvaise interprétation *in concreto* n'est qu'une violation de la loi», que debe ser sancionada por la Casación: M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", cit., 837.
46. M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", cit., 834.
47. M. Troper, "La notion de pouvoir judiciare au début de la Révolution française", cit., 836.
48. Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 132. No obstante, es necesario recordar que, en la Constitución del año III (art. 290) los jueces son electivos (cosa que se concilia difícilmente con el pretendido carácter cognoscitivo de la actividad jurisdiccional).
49. Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 129.
50. Portalis, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 132.
51. Tronchet, en F. Ewald (ed.), *Naissance du Code civil*, cit., 118. Cfr. la decisión del Tribunal de Casación del 15 de floreal del año IV: «Attendu que l'arrêt du tribunal [...] faisant un référé au législateur dans une affaire soumise à la décision dudit tribunal, il s'est par là dépouillé des fonctions judiciaires dont il

était revêtu, pour les attribuer au Corps législatif qui ne peut pas les exercer, attendu que si les tribunaux avaient le droit de référer [...] ce ne pourrait être que pour demander une loi [...] applicable à des cas à venir et non à des cas arrivés [...]; attendu que les tribunaux saisis d'une contestation doivent y statuer; que s'ils le font conformément à la loi, le jugement est exécuté; que s'ils y contreviennent il est sujet à la cassation et que s'ils refusent de juger, ils commettent un vrai déni de justice [...]» (cit. por G. Giudicelli-Delage, *Institutions juridictionnelles*, cit., 25).

52. Art. 2, párrafo 1, título V, Proyecto de Libro preliminar del Code civil.
53. Art. 5, título V, Proyecto de Libro preliminar: «Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la letre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit: et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel [...]».
54. Art. 6, título V, Proyecto de Libro preliminar: «Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et réunir toutes les dispositions».
55. Es este, en mi opinón, el sentido del art. 4, título V, Proyecto de Libro preliminar: «L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois». Es necesario observar que, según el Proyecto, no hay lagunas en el derecho penal («Dans le matières criminelles, le juge ne peut, en aucun cas, suppléer à la loi»: art. 13, título V) y que en el derecho civil las lagunas no deben ser colmadas mediante la analogía sino según la equidad, es decir, recurriendo al derecho natural o al consuetudinario: «Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive» (art. 11, título V).
56. Art. 8, título V, Proyecto de Libro preliminar: «On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a le même motif de décider».
57. Art. 7, título V, Proyecto de Libro preliminar: «[...] il n'est permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont pas dans la loi, ne doivent point être supplées».
58. M. Troper, "Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?", en *Pouvoirs*, 16, 1981, 9: «La norme supérieure, que le juge applique, ne lui est pas donnée. C'est à lui qu'il appartient de la créer. En effet, ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte [...]. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification». Cfr. también M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, cit., 95 ss., 332 ss.; R. Guastini, "Interprétation et description de normes" en P. Amselek (ed.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, 1995, 89 ss.
59. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 95.
60. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, cit., 63.
61. R. Guastini, *Il giudice e la legge*, cit., cap. I. Cfr. R. Bonnard, "La conception matérielle de la fonction juridictionnelle", en *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, 1933, 9: «La séparation fonctionnelle [ou spécialisation] des organes de l'Etat exige nécessairement un conception matérielle des fonctions. Cela est particulièrement nécessaire pour la fonction juridictionnelle».
62. M. Troper (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, cit., 44; "La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française", cit., 829) identifica la concepción material de la jurisdicción con la tesis según la cual esa función consiste en la resolución de controversias. Según Duguit, por otra parte, el acto jurisdiccional se caracteriza, desde el punto de vista material, como solución de una "cuestión de derecho", lo que supone que el dere-

cho haya sido violado (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III ed., Ancienne Librairie Fontemoing & C., Paris, 1928, t. 2, 423 ss.). Según Bonnard, en cambio, las funciones legislativa y jurisdiccional se caracterizan, desde el punto de vista material, por el hecho de que la primera comprende «les opérations de redressement du droit» (R. Bonnard, "La conception matérielle de la fonction juridictionnelle", cit., 27). Mi opinión es que una concepción genuinamente material de las funciones estatales es aquella que hace referencia únicamente al *contenido* de los actos realizados en el ejercicio de las distintas funciones (una "función", en efecto, no es más que una actividad, es decir, una clase de actos: G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, cit., 131). Ahora bien, la existencia de una controversia no afecta al contenido de las decisiones jurisdiccionales sino, por decirlo así, simplemente a su "contexto" (los presupuestos de las decisiones y sus condiciones de realización).

63. Cfr. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, cit., 42.
64. «L'acte de juger n'a pas les caractères généraux de l'acte de vouloir –la généralité et l'initiative; il les exclut au contraire. [...] Le juge ne crée rien, il déclare» (Pelegrino Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1867, t. 4, 240).
65. Cfr. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, t. 1, 691 ss.
66. Cfr. R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, 1933. Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge*, cit., cap. I.

IV

El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen

1. Algo sorprendente en la obra de Kelsen

En el pensamiento jurídico común hay una estrecha conexión entre conocimiento jurídico (o ciencia jurídica) e interpretación. Esto es debido al menos a dos razones.

a) En primer lugar, la interpretación jurídica es concebida como conocimiento de normas o reglas preconstituidas. Según el pensamiento jurídico común, la interpretación consiste en el descubrimiento del contenido de significado de las formulaciones normativas (como, por ejemplo, las disposiciones legislativas).

b) En segundo lugar, el conocimiento jurídico es, a su vez, concebido como el resultado de la interpretación: al menos, se piensa que la interpretación constituye el núcleo del conocimiento jurídico.

En la obra de Kelsen, en particular en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960), se produce, en cambio, un divorcio total, una clara separación, entre conocimiento jurídico e interpretación.[1] Esto es verdaderamente sorprendente en la teoría del derecho de Kelsen.

De hecho, Kelsen trata los dos temas en dos capítulos distintos y completamente independientes. En particular, el capítulo tercero está dedicado a la "ciencia jurídica" y el octavo tiene por objeto la interpretación. Al discutir el objeto y el método de la ciencia jurídica (por tanto, del conocimiento jurídico), Kelsen ni siquiera menciona la interpretación. Al tratar la interpretación, sin embargo, menciona el conocimiento jurídico como el objetivo propio de la interpretación "científica" (esto es,

académica) como opuesta a la interpretación que él denomina "auténtica" (es decir, aquella realizada por los jueces y, más en general, por los órganos de aplicación).

Mi tesis es que la teoría kelseniana del conocimiento jurídico es incoherente con su teoría de la interpretación (científica). Intentaré también ofrecer, a modo de conjetura, una posible explicación de esa incoherencia.

2. El conocimiento jurídico según Kelsen

Según Kelsen, la ciencia jurídica es una ciencia "normativa", ya sea en virtud de su objeto, ya sea en virtud de su forma lingüística.[2] Ante todo, la ciencia jurídica es normativa porque versa (exclusivamente) sobre normas. Además, es normativa porque sus proposiciones tienen la forma de enunciados normativos (más precisamente: deónticos) y no pueden tener otra forma que ésta.

1) En primer lugar, Kelsen sostiene que las normas son el objeto propio de la ciencia jurídica.[3] De este modo, Kelsen quiere subrayar que el conocimiento jurídico no se interesa por "hechos": la ciencia jurídica, en su opinión, se dirige exclusivamente a entidades deónticas, misteriosas habitantes del reino del "deber ser" (una suerte de "mundo tres", en el sentido de Karl Popper).[4]

¿Cómo tenemos que entender el término 'norma' en este contexto? Está claro que las normas no deben ser confundidas con las formulaciones normativas (las disposiciones).[5] Sin embargo, los juristas usan habitualmente el mismo término, 'norma', en ambos sentidos. En el uso común, en efecto, el término 'norma' se refiere unas veces a las formulaciones normativas y otras, según el contexto, a las normas *stricto sensu*, esto es, al contenido de significado de las formulaciones normativas. Considero obvio que la interpretación no tiene por objeto normas sino formulaciones normativas, que son el resultado, por ejemplo, de la legislación. Mientras, estrictamente entendidas, las normas son el resultado de la propia interpretación.[6]

Por lo que respecta a Kelsen, no hay en su obra ninguna distinción explícita entre normas y formulaciones normativas. En

realidad, cuando discute del objeto de la ciencia jurídica, Kelsen no parece ni siquiera interesado en el problema.[7]

Sin embargo, observa ocasionalmente que las normas son susceptibles de distintas formulaciones lingüísticas (por ejemplo: una norma puede ser formulada tanto en términos deónticos como en modo indicativo).[8] Dicha observación implica la distinción entre norma y formulación normativa, si bien Kelsen no parece consciente de ello.

Desde mi punto de vista, no obstante, no hay duda de que en el seno de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica, el término 'norma' debe ser entendido como referido (al menos prevalentemente) al contenido de significado de las formulaciones normativas. De otro modo, la clara distinción de Kelsen entre normas y hechos, entre "ser" y "deber ser", entre derecho y naturaleza[9] –como también su configuración de la ciencia jurídica como ciencia "normativa"–[10] no tendría sentido, dado que las formulaciones normativas, en un sentido, no son más que "hechos, entidades ónticas, habitantes del reino del "ser".

En consecuencia, desde el punto de vista de Kelsen, la ciencia jurídica presupone (o debería presuponer) la interpretación, desde el momento en que la identificación y la descripción de normas en sentido estricto requiere interpretación (al menos una interpretación al nivel "pragmático", para decidir si un determinado enunciado expresa una norma o una proposición). No obstante, en este contexto, Kelsen ni siquiera menciona la interpretación.

2) En segundo lugar, Kelsen sostiene que los enunciados deónticos (es decir, en términos de "deber") son los instrumentos apropiados para describir normas.[11]

En consecuencia, Kelsen no puede evitar distinguir entre normas (*Rechtsnormen*, *Sollnormen*) y aserciones normativas (*Rechtssätze*, *Sollsätze*).[12] Esta distinción no deriva del hecho de haber asumido que, en realidad, en el lenguaje común los enunciados deónticos son usados tanto para formular como para describir normas. La distinción se hace necesaria por la asunción de que las normas (a diferencia de los hechos) no pueden ser descritas mediante simples enunciados indicativos y que el uso de enunciados deónticos es el único modo apropiado para describir entidades deónticas.[13]

Este punto de vista podría ser fácilmente criticado, observando que los *Sollsätze* (los enunciados deónticos de los juris-

tas) no son más que una inútil duplicación –un eco– de las *Sollnormen*, es decir, de las propias normas. Kelsen no parece estar en condiciones de ofrecer una respuesta persuasiva a esta objeción.[14]

3. La interpretación según Kelsen

Kelsen sostiene que las normas son el objeto propio, no sólo de la ciencia jurídica, sino también de la interpretación. En este contexto, sin embargo, el término 'norma' debe, en mi opinión, ser entendido como referido a las formulaciones normativas y no al contenido de significado de las mismas. La interpretación versa sobre enunciados (*lato sensu*) legislativos y, por tanto, sobre formulaciones normativas. El significado adscrito a tales enunciados no es el objeto sino más bien el producto de la interpretación.

Ahora bien, según Kelsen, la interpretación realizada por los científicos del derecho consiste en la simple enumeración de los diversos significados posibles de las "normas". Si 'norma' fuese usado aquí en el sentido de contenido de significado de una formulación normativa, esta tesis no tendría sentido.[15]

Quisiera subrayar que Kelsen no dice nada acerca de la posible formulación lingüística de esta lista de significados. ¿La interpretación puede expresarse en forma de enunciados deónticos? La respuesta podría ser afirmativa si las formulaciones normativas estuvieran privadas de ambigüedad y vaguedad. (En tal caso, un enunciado deóntico de un jurista –del tipo 'Es obligatorio que *p*'– podría ser entendido como un modo elíptico de afirmar que una determinada formulación normativa expresa unívocamente el significado 'Es obligatorio que *p*'.) Sin embargo, las cosas no son así desde el momento en que, según Kelsen, toda formulación normativa es vaga y/o ambigua, y, por tanto, sujeta a distintas interpretaciones.[16]

En mi opinión, es pacífico que una lista de significados de una formulación normativa no puede asumir la forma de un enunciado deóntico.[17] Kelsen, sin embargo, cuando aborda la interpretación no ofrece ninguna dilucidación adicional acerca de los enunciados deónticos de los juristas.

4. Kelsen jurista vs. Kelsen filósofo

Mi tesis es, pues, la siguiente:

a) En la medida en que el conocimiento jurídico consiste en (o al menos presupone) la interpretación, como los juristas están inclinados a pensar, la teoría kelseniana de la ciencia jurídica es insostenible. Por un lado, la interpretación no versa sobre normas sino sobre formulaciones normativas. Por otro lado, la ciencia jurídica no puede asumir la forma de enunciados deónticos.

b) En consecuencia, los enunciados deónticos efectivamente formulados por los juristas no pueden ser entendidos como aserciones científicas. Todo enunciado deóntico de los juristas debe ser entendido, más bien, como propuesta de una interpretación determinada en el ámbito de las muchas interpretaciones a las que se presta una determinada formulación normativa.[18] Esas propuestas (*de sententia ferenda*) no pertenecen al discurso científico: pertenecen, más bien, al dominio de la política del derecho.[19]

En resumen: si la teoría kelseniana de la ciencia jurídica está fundamentada, entonces la teoría kelseniana de la interpretación no tiene sentido. Si, en cambio, la teoría kelseniana de la interpretación (científica) está fundamentada, la teoría kelseniana de la ciencia jurídica (en particular, del lenguaje de la ciencia jurídica) es insostenible.

Esta extraña incoherencia en la obra de Kelsen podría, quizás, ser explicada diciendo que, paradójicamente, hay dos Kelsen: el filósofo y el jurista.

El Kelsen filósofo tiene una aproximación metafísica al derecho, concebido como un "mundo" independiente, el reino del "deber ser". Esa concepción metafísica del derecho implica, *inter alia*, una teoría muy peculiar de la ciencia jurídica y, en particular, del lenguaje de la ciencia jurídica, concebido como lenguaje deóntico.

El Kelsen jurista, en cambio, tiene una visión bastante realista del funcionamiento efectivo de los sistemas jurídicos.[20] Esta visión realista implica la concepción de las formulaciones normativas como enunciados de significado indeterminado, susceptibles de distintas y conflictivas interpretaciones.

Notas

1. Lo mismo puede decirse de la primera edición de la Reine Rechtslehre (1934).
2. Cfr. algunas críticas en R. Guastini, "Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules", en *Ratio Juris*, 4 (1991), 308-321.
3. «En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra –menos evidentemente– incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas»; «[la ciencia jurídica] [d]escribe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960; trad. cast. a cargo de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México D.F., 1986, 83, 84).
4. K.R. Popper, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford, 1972; trad. cast., *Conocimiento objetivo*, a cargo de C. Solís Santos, Madrid, 1992.
5. Cfr., por ejemplo, G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, *passim*; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Ferrero, Madrid, 1979.
6. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, caps. I y VII.
7. Un mismo término – el término 'norma'– es ampliamente usado por Kelsen para referirse tanto a los enunciados legislativos como a su contenido de significado.
8. «[E]n tanto las normas jurídicas se expresan en un lenguaje, es decir, con palabras y oraciones, pueden aparecer con la forma de enunciados declarativos de ciertos hechos» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 84).
9. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., cap. I.
10. «En cuanto se determina al derecho como norma [...] y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 89).
11. Los «enunciados [jurídicos (es decir, los enunciados de los juristas que describen normas) son] proposiciones deónticas, y [tienen] que serlo porque describen normas modalizadas deónticamente. El enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe la pena de prisión para el hurto, sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto será castigado con prisión [...]. El enunciado que describe esa norma penal sólo puede rezar: "Si alguien comete hurto, deberá ser castigado"» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 88).
12. El «"deber" del enunciado jurídico no tiene, como el "deber" de la norma jurídica, un sentido prescriptivo, sino un sentido descriptivo» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 88). Cfr. N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 139 ff.; M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, 69 ff.
13. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 88.
14. Kelsen afirma que «[l]os enunciados jurídicos formulados por la ciencia del derecho no son [...] simples repeticiones de las normas jurídicas» que describen (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 87); pero cuando trata de argumentar

esta tesis se limita a decir que esas expresiones «tienen características lógicas diferentes» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 87).

15. «La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 356).
16. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 349-351.
17. R. Guastini, "Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules", cit.
18. «El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de una norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función jurídico-científica, sino una función jurídico-política» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., 356).
19. A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, *passim*; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994 (5ª ed.), *passim*
20. Algunos comentarios en A.G. Conte, *Primi argomenti per una critica del normativismo*, Pavia, 1968.

V
Los juristas a la búsqueda de la ciencia

En este capítulo me propongo exponer, discutir y –en parte– reelaborar algunos aspectos de la teoría de la ciencia jurídica formulada por Norberto Bobbio en torno a 1950.[1]

1. Dos teorías de la ciencia jurídica

Para introducir el discurso, será conveniente observar ante todo que, durante este siglo, se han confrontado en la literatura dos principales teorías de la ciencia jurídica. Podemos convenir en llamar a la primera teoría normativista de la ciencia jurídica y a la segunda teoría conductista de la ciencia jurídica. Las dos teorías se diferencian entre ellas bajo dos perspectivas:

1) Por un lado:
1.1) Según la teoría normativista, la ciencia jurídica tiene por objeto reglas o normas, entendidas como comunicaciones lingüísticas prescriptivas. En consecuencia, esta teoría configura los enunciados de los juristas como proposiciones acerca de normas.[2]
1.2) Según la teoría conductista, la ciencia jurídica –como cualquier otra ciencia social– versa sobre comportamientos humanos en tanto comportamientos productores de normas y/o guiados por normas. Desde este punto de vista, los enunciados de los juristas expresan proposiciones empíricas ordinarias.

2) Por otro lado:
2.1) La teoría normativista se presenta a menudo como una teoría descriptiva de la ciencia jurídica: una teoría que trata de

analizar y esclarecer las operaciones intelectuales que los juristas, de hecho, realizan habitualmente.[3]

2.2) En cambio, la teoría conductista se presenta más bien como una teoría prescriptiva de la ciencia jurídica: una teoría que propone a los juristas un modelo de jurisprudencia,[4] y precisamente un modelo de jurisprudencia absolutamente distinto de la jurisprudencia efectivamente practicada.

Pues bien: la contribución de Bobbio a la teoría de la ciencia jurídica se sitúa plenamente en el ámbito del normativismo. Por un lado, la ciencia jurídica es, según Bobbio, una ciencia de normas. Por otro lado, Bobbio trata de describir la ciencia jurídica realmente existente y no se preocupa por enseñar a los juristas lo que deberían hacer.

2. El derecho como lenguaje

Ante todo, Bobbio ofrece una peculiar reconstrucción del derecho y, en consecuencia, de la propia ciencia jurídica.

Para dar cuenta de la originalidad de las tesis de Bobbio –en absoluto obvias en la época en que fueron formuladas– debe tenerse presente que, en los años cuarenta, la teoría jurídica europea continental estaba ampliamente dominada por las concepciones de Hans Kelsen. Así, en la "teoría pura" el derecho se configura como una suerte de mundo suprasensible: el reino del *Sollen*, es decir, un universo no-empírico regido por sus propias leyes (el principio de imputación, contrapuesto al principio de causalidad). En consecuencia, la ciencia jurídica se presenta, según Kelsen, como una ciencia doblemente peculiar. Por un lado, versa sobre entidades que no son hechos, sino "normas". Por otro lado, no se expresa en lenguaje empírico, sino normativo: los enunciados de los juristas (*Rechtssätze*, *Sollsätze*) no son indicativos sino deónticos; desde el punto de vista de su formulación, los enunciados de los juristas son indistinguibles de los del legislador.

Según Bobbio, en cambio, el derecho no es más que un discurso (y, en ese sentido, un hecho): precisamente, el discurso prescriptivo del legislador.[5] Las normas, de las que el derecho está constituido, no son más que comunicaciones lingüísticas prescriptivas, es decir, enunciados (ni verdaderos ni falsos) dirigidos a modificar la conducta humana.[6]

En consecuencia, la jurisprudencia no es, según Bobbio, una enigmática ciencia "normativa" sino un simple análisis lingüístico: precisamente, el análisis del lenguaje legislativo. De este modo, la jurisprudencia es reducida por Bobbio a un "discurso acerca de un discurso": un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es el discurso prescriptivo del legislador.[7]

3. ¿Rigor sin verdad?

Bobbio, no obstante, no se conforma con redefinir la jurisprudencia. También quiere conferirle el carácter de ciencia. A estos efectos, Bobbio adapta libremente a la metajurisprudencia algunas tesis metacientíficas del positivismo lógico y, en particular, de Otto Neurath[8] (aunque sin citarlo expresamente). Lo que, en su opinión, distingue a un discurso científico no es el valor de verdad de las proposiciones que lo componen sino el rigor con el que está construido.[9]

Según Bobbio, un discurso puede considerarse riguroso cuando:

a) están definidos todos los términos empleados;

b) están establecidas todas las reglas de formación y transformación de los enunciados;

c) los términos son usados con constancia semántica, de acuerdo con las definiciones, y son observadas las reglas de formación y transformación de los enunciados.[10]

Debe observarse que Bobbio no dice que el rigor del lenguaje sea condición (sólo) necesaria de todo discurso científico. Sobre esto sería fácil llegar a un acuerdo. Bobbio dice –o, al menos, parece decir– que el rigor del lenguaje es condición (también) suficiente de la cientificidad del discurso. De este modo, Bobbio parece extender el principio de tolerancia de Rudolf Carnap de la teoría de la lógica a la teoría de la ciencia en general.

Esta concepción de la ciencia, naturalmente, se presta a múltiples críticas. La crítica principal es, probablemente, la siguiente: si se trazan de este modo "tan tolerante" las condiciones de cientificidad del discurso se postula un divorcio total entre ciencia y verdad. Incluso la propia contrastabilidad empírica de las proposiciones deviene, simplemente, irrelevante. De esa forma, se elimina cualquier posible criterio de demarcación:

ya sea entre ciencia y metafísica (o entre ciencia y teología), ya sea entre discurso cognoscitivo y discurso normativo. ¿Una metafísica formulada rigurosamente será entonces una ciencia? ¿Una ética normativa axiomatizada será una ciencia?

En particular, en lo que concierne a la ciencia jurídica, la concepción de Bobbio permite evitar –pero no resolver– dos problemas muy delicados: si existen y, en caso afirmativo, cuáles son las condiciones de verdad de los enunciados de los juristas. Al sostener que un discurso, para ser científico, debe ser (sólo) riguroso y no (también) verídico, o al menos empíricamente contrastable, Bobbio adopta la premisa idónea para incluir a la jurisprudencia en el conjunto de las ciencias, sin comprometerse, no obstante, con el valor de verdad de los enunciados dogmáticos y sin afrontar la cuestión de cómo esos enunciados pueden ser sujetos a procedimientos de verificación o de confirmación. Es más, en este orden de ideas, queda descartado como irrelevante un problema quizás más grave: si los enunciados de la dogmática jurídica expresan proposiciones en el sentido lógico del término (esto es, si la jurisprudencia es un discurso cognoscitivo) o no, expresando, en ese caso, prescripciones, recomendaciones, propuestas o algo parecido.

4. ¿Lenguaje riguroso o lenguaje rigorizador?

Para confirmar el carácter científico de la jurisprudencia, Bobbio tiene todavía que demostrar que el discurso de los juristas es, de hecho, un discurso riguroso. Pero en este punto su argumentación toma un camino distinto, difícil de comprender a primera vista.

Dice Bobbio, con un evidente *non sequitur*: dado que la característica de la ciencia jurídica (y de cualquier otra ciencia) es el rigor y dado que el objeto de la ciencia jurídica es el discurso legislativo, el objeto específico de la ciencia jurídica es «transformar el discurso de los juristas en un discurso riguroso».[11]

Esta tesis es desconcertante. Hasta aquí parecía que el requisito de la ciencia fuese el rigor de *su propio lenguaje*. Ahora parece que un discurso es científico en la medida que torna riguroso a *su objeto*, que –en el caso contingente de la ciencia jurídica– es él mismo un lenguaje (pero, obsérvese bien, *otro* len-

guaje). En fin, Bobbio nos ofrece la imagen de una ciencia que no se limita a conocer sino que *transforma* su propio objeto: como un musicólogo que, más que comentar una sinfonía, altera su partitura insertando notas apócrifas.

Aquí, al menos en apariencia, Bobbio comete un error. Evidentemente, él no distingue entre dos niveles del lenguaje: el metalenguaje de los juristas (la ciencia jurídica) y su lenguaje objeto (las leyes).[12] Se puede convenir que un lenguaje riguroso es condición necesaria (aunque no suficiente) de una jurisprudencia científica. Pero, según los estándares lingüísticos corrientes, el nombre de "ciencia" no parece apropiado en referencia a una praxis social que modifica el propio objeto (como un procedimiento técnico transforma una materia prima). Por otra parte, como veremos enseguida, el error de Bobbio es un error provechoso.

5. Tres procedimientos característicos de la dogmática

Frente a una regla o una norma de conducta –dice Bobbio– la investigación del jurista puede tomar dos caminos: por una parte, el análisis de la «regla en cuanto tal»; por otra, el análisis de su «contenido» (el «comportamiento regulado»). Así pues, de un único objeto –un conjunto de normas– parten dos líneas de investigación distintas: la teoría «formal» del derecho y la dogmática jurídica propiamente dicha, respectivamente.[13]

En la concepción de Bobbio, la teoría formal del derecho es una suerte de teoría general del discurso normativo: una teoría que estudia la sintaxis y la lógica del lenguaje prescriptivo. Si adoptamos el léxico de Richard Hare,[14] podemos decir que el objeto de la teoría formal es el "néustico" del lenguaje legislativo. La dogmática jurídica consiste, en cambio, en el análisis semántico de las normas: su objeto es el "frástico" del lenguaje legislativo. La dogmática tiende a determinar qué acciones están prescritas, a qué sujetos y en qué circunstancias.

Dejando de lado la teoría formal y analizando más de cerca el discurso dogmático, Bobbio sostiene que los juristas desarrollan tres labores típicas:

1) En primer lugar, «el lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera labor de los juristas es la de ha-

cerlo más riguroso». Así, el jurista «purifica» el discurso legislativo.[15]

Esa "purificación" consiste en ofrecer definiciones de los términos empleados por el legislador, de tal manera que se fijen con precisión sus reglas de uso. Se trata, evidentemente, de la interpretación del discurso legislativo, en el sentido más común y más estricto del término 'interpretación'.

2) En segundo lugar, «el lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda labor de los juristas es completarlo cuanto sea posible». Así, el jurista integra o «completa» el discurso legislativo.[16]

Esta operación se realiza mediante transformaciones inferenciales de las normas ya reconocidas como "formalmente" válidas, de forma que se obtengan normas ulteriores "materialmente" válidas. Esas transformaciones están gobernadas: en parte, por reglas lógicas (por ejemplo, la regla *modus ponendo ponens*); en parte, por normas jurídicas positivas (por ejemplo, la norma que permite la aplicación analógica).

Son válidas en sentido formal las normas que han sido producidas de conformidad con metanormas sobre la producción jurídica (metanormas procedimentales y de competencia). Son válidas en sentido material, en virtud de una «fundamental (...) norma de clausura del ordenamiento jurídico», las normas que están lógicamente implícitas en las normas válidas.[17]

3) En tercer lugar, «el lenguaje del legislador no es necesariamente ordenado: la tercera labor del jurista es reducirlo a un sistema». Así, el jurista «ordena» el discurso legislativo, lo torna coherente.[18]

Esta operación se realiza mediante la expulsión del sistema jurídico de las normas que, aun siendo "formalmente" válidas, no lo son "materialmente". Esa expulsión está fundada sobre una «regla constitutiva del lenguaje jurídico» que prohibe las antinomias. (Bobbio, por otra parte, duda que exista una regla así, aunque los juristas parecen pensarlo.)

Es inválida en sentido material una norma que, a pesar de ser formalmente válida, es contradictoria con otra norma (también válida desde el punto de vista formal) que prevalezca sobre ella: en virtud del principio de preferencia de la norma sucesiva (*lex posterior derogat priori*) o en virtud del principio de

preferencia de la norma jerárquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*).[19]

Me parece que, de esta forma, Bobbio ofrece una representación (aunque muy sucinta) absolutamente fiel de las operaciones intelectuales habitualmente realizadas por los juristas. A menudo, el propósito de un jurista es describir la disciplina legislativa de una materia determinada, en cualquier modo individualizada y delimitada. A ese fin, debe ante todo recortar, dentro del discurso legislativo, una serie finita de enunciados normativos, *prima facie* relevantes, que constituirán el objeto de su investigación.[20] Hecho esto, su segunda operación consiste en interpretar estos enunciados, es decir, en conferirles un significado: un significado determinado con preferencia a otros. Su tercera operación –sólo eventual, pero de hecho bastante frecuente– consiste en colmar las lagunas del discurso legislativo, es decir, en encontrar la regulación de aquellos casos para los que el legislador no ha previsto expresamente ninguna consecuencia normativa. Su cuarta operación –también ésta sólo eventual pero de hecho muy frecuente– consiste en resolver las antinomias del discurso legislativo, es decir, en encontrar una regulación unívoca para aquellos casos a los que el legislador ha vinculado dos (o más) consecuencias jurídicas incompatibles entre sí.[21]

Hasta aquí he expuesto y discutido algunas tesis de Bobbio. En los próximos párrafos quisiera desarrollar, en cambio, su tesis central, según la cual los juristas transforman el lenguaje legislativo, analizando más de cerca los procedimientos de integración y sistematización del derecho.

6. Dos distinciones preliminares

Para comenzar, conviene introducir dos distinciones preliminares. La primera distinción es ajena al pensamiento de Bobbio, pero es indispensable para reformular con rigor analítico su propia teoría. La segunda distinción está presente en la obra de Bobbio, pero no es expresamente elaborada por él.

1) Primera distinción. En el lenguaje común de los juristas, el término 'norma' es usado en dos sentidos radicalmente distintos:

1.1) Algunas veces, los juristas usan el término 'norma' para referirse a enunciados del discurso legislativo: partes o segmentos de un documento normativo (disposiciones).

1.2) Otras veces, en cambio, los juristas usan el mismo término no para referirse a enunciados del discurso legislativo sino a sus contenidos de significado (normas en sentido estricto).

Para subrayar la importancia de la distinción es suficiente decir aquí que: un enunciado normativo preexiste a la interpretación y constituye su objeto; el contenido de significado de un enunciado normativo, en cambio, es el producto (el fruto, el resultado) de la interpretación.

2) Segunda distinción. Bobbio subraya que, según el pensamiento común de los juristas, no todas las normas jurídicas son expresadas por enunciados legislativos. Junto a las normas expresas –sostienen– hay otras normas implícitas, que pueden ser obtenidas del discurso legislativo mediante procedimientos lógicos o pseudológicos. Así, conviene distinguir:[22]

2.1) Son normas expresas, o explícitas, aquellas normas que, sobre la base de una determinada interpretación, constituyen el significado de un enunciado legislativo específico.

2.2) Son normas implícitas aquellas que, si bien no son expresadas por ningún enunciado legislativo determinado, pueden obtenerse, sin embargo, de una norma expresa o de una combinación de normas expresas.

7. Interpretación y transformación del lenguaje legislativo

Las dos distinciones introducidas en el apartado precedente permiten definir, con un grado aceptable de precisión, las nociones de "interpretación" y de "transformación" del lenguaje legislativo.

i) Diremos que un jurista interpreta el lenguaje legislativo cuando extrae normas explícitas de los enunciados normativos del legislador.

ii) Diremos que un jurista no se limita a interpretar sino que, más bien, transforma el lenguaje legislativo cuando

ii.a) elabora y formula normas implícitas, esto es, normas que –por definición– el legislador no ha formulado, o

ii.b) expulsa del lenguaje legislativo normas expresas, formuladas por el legislador.

Sobre esta base, parece posible arrojar algo de luz sobre las operaciones intelectuales realizadas por los juristas ante lagunas o antinomias, distinguiendo lo que es descripción del discurso legislativo (supuesto que la interpretación pueda reconducirse al discurso descriptivo, de lo que es lícito dudar) de lo que es, más bien, modificación dogmática del propio discurso legislativo.

1) El discurso legislativo presenta una laguna cuando un caso no está vinculado a consecuencia jurídica alguna. Para colmar, o evitar, las lagunas, los juristas pueden proceder, alternativamente, de dos formas.

1.1) El primer procedimiento se desarrolla completamente sobre el terreno de la interpretación, esto es, no va más allá de la atribución de significado a los enunciados del legislador. Una laguna puede ser evitada, por ejemplo, adoptando una interpretación extensiva en relación a uno o más de los enunciados tomados en consideración. De esta forma, de un mismo enunciado legislativo se extraen normas expresas de más amplio alcance, aptas para regular también los casos de los que se busca la solución. La interpretación extensiva, a su vez, puede ser justificada recurriendo a uno o más de los argumentos retóricos que los juristas usan habitualmente para justificar sus decisiones interpretativas: el dogma de la completud del derecho, la "voluntad" del legislador, la "finalidad" de la ley, la "naturaleza de las cosas", y así sucesivamente.[23]

1.2) El segundo procedimiento –como bien ha intuido Bobbio– va más allá de la interpretación en sentido estricto, y se realiza en dos operaciones inevitablemente conjuntas. La primera operación consiste en la construcción de normas implícitas, idóneas para colmar la laguna, es decir, para regular el caso del que se busca la solución. Se construyen normas implícitas, habitualmente, apelando al argumento *a contrario*, a la norma general exclusiva ("Todo lo que no está prohibido está permitido") o a otros principios de clausura, a la analogía, a los principios generales del derecho, etcétera. La segunda operación consiste en la adscripción de validez a las normas implícitas así construidas.

Es importante destacar, sin embargo, que la construcción y la convalidación de normas implícitas no son reducibles a operaciones lógicas. Por un lado, no siempre son lógicamente co-

rrectos los argumentos mediante los cuales se construye una norma implícita: por ejemplo, no está lógicamente garantizada la conclusión del argumento analógico. Por otro lado, aunque el argumento empleado sea deductivo (por ejemplo, el *modus ponens*), no es seguro que la corrección del argumento conlleve de por sí la validez de la norma inferida.[24]

Evidentemente, la construcción y la convalidación de normas implícitas comportan, en su conjunto, una operación productora de derecho. Elaborar una norma implícita significa formular un enunciado normativo. Convalidar una norma implícita significa tratar el enunciado (dogmático, no legislativo) que la formula y expresa "como si" fuese un enunciado del discurso legislativo. En este sentido, pues, los juristas transforman el discurso legislativo al completarlo: en el sentido de que insertan en él enunciados normativos "apócrifos".

2) El discurso jurídico presenta una antinomia cuando están vinculadas a un mismo supuesto de hecho dos (o más) consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Para resolver, o para prevenir, las antinomias, los juristas pueden proceder de dos formas alternativas.

2.1) También en este caso el primer procedimiento se desarrolla completamente en el plano de la pura y simple interpretación. Una antinomia puede ser evitada, por ejemplo, interpretando restrictivamente uno o más de los enunciados legislativos tomados en consideración. De esa forma, de los mismos enunciados legislativos se extraen normas de menor alcance, ya no conflictivas entre sí, porque el caso regulado por una norma ya no cae en el campo de aplicación de la otra. La interpretación restrictiva, a su vez, puede ser justificada recurriendo a uno o más de los argumentos retóricos que los juristas usan habitualmente para justificar sus decisiones interpretativas: el dogma de la coherencia del derecho, el principio *lex specialis derogat generali*, el argumento de la disociación, la "voluntad" del legislador, la "finalidad" de la ley, etcétera.

De forma más general, supóngase que un enunciado legislativo puede, como sucede a menudo, ser interpretado alternativamente de dos formas. Entendido de la primera forma, expresa la norma A. Entendido de la segunda forma, expresa la norma B. Supóngase además que la norma A es incompatible con otra norma expresa C y que, en cambio, la norma B es compatible con C.

Pues bien, la antinomia puede ser evitada interpretando el enunciado en cuestión en el sentido B, compatible con la norma C, y descartando como impracticable la interpretación A.

2.2) El segundo procedimiento –como resulta, indirectamente, del análisis de Bobbio– va más allá de la interpretación entendida en sentido estricto, ya que se realiza mediante la invalidación (el desconocimiento, la revocación de la validez) de una de las dos normas en conflicto. Esa operación puede ser justificada, según los casos, apelando al principio *lex posterior derogat priori* o al principio *lex superior derogat inferiori*.

Los principios en cuestión, como ha mostrado bien Kelsen, no son de ningún modo reglas lógicas: son, si acaso (pero no necesariamente), normas de derecho positivo que autorizan a los órganos de aplicación (y, si se quiere, a los intérpretes en general) a considerar una de las normas en conflicto, según los casos, o derogada por la norma cronológicamente sucesiva o inválida en cuanto contradictoria con una norma superior en la jerarquía de las fuentes.[25]

La eliminación de una norma expresa del conjunto de las normas válidas o vigentes es, también, una evidente transformación del discurso legislativo. Aparentemente, completar el discurso legislativo y eliminar las antinomias son dos actividades distintas y simétricas: completar el discurso legislativo se realiza mediante la adición al mismo de normas implícitas: eliminar antinomias se realiza mediante la sustracción de normas explícitas del discurso legislativo. En cierto sentido, sin embargo, entre las dos cosas hay una diferencia mucho más débil. Para eliminar una norma explícita del discurso legislativo es necesaria, en efecto, una norma implícita cuyo contenido sea, según los casos, la derogación o la anulación de la norma explícita en cuestión. Desde este punto de vista, la invalidación y la derogación (llamada "tácita") de normas explícitas se realizan mediante la adición de normas implícitas al discurso legislativo. Los enunciados que formulan y expresan esas normas son, de nuevo, enunciados legislativos "apócrifos".

8. Juristas sin ciencia

La teoría de la ciencia jurídica de Bobbio incluye dos tesis incompatibles entre sí. Por un lado, Bobbio sostiene expresa-

mente que el discurso dogmático de los juristas es un metalenguaje (descriptivo) que versa sobre el lenguaje (prescriptivo) del legislador. Por el otro, Bobbio sostiene también que la ciencia jurídica es una ciencia que transforma su propio objeto, haciéndolo más riguroso, esto es, unívoco, completo y coherente. La teoría de Bobbio parece así abocada a una contradicción insoluble.

Al mismo tiempo, sin embargo, Bobbio ofrece también un análisis sumario de los procedimientos característicos de la dogmática jurídica. Ese análisis, reformulado y (en parte) reelaborado, muestra cómo la dogmática, de hecho, se alimenta de un intercambio continuo entre su propio lenguaje (el metalenguaje, el lenguaje de los juristas) y el lenguaje del que habla (el lenguaje-objeto, el lenguaje del legislador). En otras palabras, el análisis concreto de la dogmática parece confirmar la segunda tesis de Bobbio: la ciencia jurídica no se limita al conocimiento de su objeto, sino que lo transforma. Esto, naturalmente, es posible dado que la ciencia jurídica es (como toda otra ciencia) un discurso que tiene por objeto (a diferencia de otras ciencias) nada más que otro discurso.

La primera tesis de Bobbio parece, en cambio, irremediablemente falseada. No parece sostenible que el discurso dogmático sea un metalenguaje que verse sobre el lenguaje legislativo desde el momento en que no es posible trazar una clara línea de demarcación entre los dos lenguajes. Al menos en algunas situaciones críticas (lagunas, antinomias), los dos lenguajes se confunden entre sí: los juristas intercalan en el discurso legislativo enunciados normativos de su creación.

Es verdad, pues, que Bobbio no distingue claramente los dos niveles de discurso (el metalenguaje, el lenguaje-objeto). Pero es también verdad, por otra parte, que los propios juristas, al menos en algunas operaciones intelectuales características de su disciplina, confunden y mezclan su propio discurso con el discurso legislativo. Siendo así, parece natural decir que los juristas omiten comportarse como científicos (en el sentido común del término) y se comporten como fuentes del derecho. Bajo esta perspectiva, no parece ser adecuado para la jurisprudencia el noble nombre de "ciencia" del derecho, ya que es indistinguible de la política del derecho.[26]

Notas

1. Los escritos de Bobbio que tomaré en consideración son los siguientes: "Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto" (1949), ahora en N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955; "Scienza del diritto e analisi del linguaggio (1950), ahora en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", a cargo de A. Ruiz Miguel, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980.
2. Hablo de "proposiciones acerca de normas" y no de "proposiciones normativas" ya que el sintagma "proposición normativa" no es usado de forma unívoca en la literatura contemporánea. Algunos autores lo usan para denotar enunciados ("proposiciones" independientes o principales, no subordinadas, en sentido gramatical) dotados de significado normativo. Otros lo usan para denotar significados normativos de enunciados (algunos enunciados expresarían proposiciones cognoscitivas, otros expresarían proposiciones normativas). Otros aun –los más– lo usan para denotar proposiciones en sentido lógico (entidades susceptibles de verdad o falsedad) acerca de normas.
3. Es necesario añadir, sin embargo, que muchas veces la teoría normativista de la ciencia jurídica no se limita a describir las operaciones de los juristas sino que trata de valorarlas y justificarlas: de acreditar su carácter científico. Esto vale para Kelsen, por ejemplo, y vale también para Bobbio (cfr., infra, § 3).
4. En el ámbito de este trabajo, el término 'jurisprudencia' es usado siempre como sinónimo de 'ciencia jurídica'.
5. Reduciendo el derecho al lenguaje legislativo, Bobbio rinde un inconsciente homenaje a la tradición del positivismo jurídico europeo continental (según el cual las sentencias y los actos administrativos no constituyen derecho sino aplicación del derecho).
6. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 304; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 186; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 161 ss.
7. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 304 ss.; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 186 ss.; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 169, 217 ss. Reduciendo la jurisprudencia al análisis del lenguaje, Bobbio asimila el trabajo de los juristas al de los filólogos (y, en parte, al de los historiadores).
8. Sobre la metaciencia de Neurath, véase D. Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath*, Milano, 1986.
9. N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., 202 ss.; 213 ss.; Id., "Il rigore nella scienza giuridica", cit., 278-279.
10. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 300; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 182-183; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 215.
11. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 306; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 186-187; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 218.
12. En cambio, esta distinción está clara en las reflexiones posteriores de Bobbio sobre la ciencia jurídica. Cfr. N. Bobbio, "Essere e dover essere nella scienza giuridica" (1967), ahora en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970; trad. cast., "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", a cargo de A. Ruiz Miguel, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, cit.

13. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 303; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 185; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 167, 175 ss.; Id. "Filosofia del diritto e teoria generale del diritto", cit., 34 ss.
14. R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1952; trad. cast., *El lenguaje de la moral*, a cargo de G.R. Carrió y E.A. Rabossi, México D.F., 1975.
15. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 307-313; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit. 187-192.
16. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 307-317; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit. 187-195.
17. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 314-315; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit., 192-193; Id., *Teoria della scienza giuridica*, cit., 220 ss. 225 ss..; Id. "Filosofia del diritto e teoria generale del diritto", cit., 34 ss.; Id., "Sul ragionamento dei giuristi", cit., 9-10.
18. N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", cit., 319-324; trad. cast., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", cit. 197-200.
19. N. Bobbio, "Sul ragionamento dei giuristi", cit., 6-7.
20. Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987.
21. Cfr. R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme", en *Informatica e diritto*, 11, 1985.
22. Cfr. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985.
23. Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 425 ss.; Id. *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 341 ss.
24. Cfr., por ejemplo, A. Ross, "Imperatives and Logic", en *Theoria*, VIII, 1941; H. Kelsen, "Derecho y lógica", en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988.
25. Cfr. H. Kelsen, "Derogación", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 21, 1976.
26. H. Kelsen, "Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitk*, vol. 66, 1931; trad. it., *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, a cargo F. Riccobono, Roma, 1979, 69-70: «La teoría del derecho pretende convertirse en fuente del derecho. Aquí se hace valer un interés eminentemente profesional de los juristas que, naturalmente, no están satisfechos con el muy modesto rol de expresar en conceptos y sistematizar el derecho positivo, pero si lo están participando en el proceso de formación del derecho: esto es, quieren adquirir una influencia política. Esta tendencia debe ser ocultada, dado que está en contradicción con el principio del positivismo jurídico, reconocido –al menos hasta hace poco– por la moderna ciencia del derecho. Esta es la función ideológica de la anulación de la línea divisoria entre derecho y teoría del derecho, entre el objeto y su conocimiento».

VI

Reencuentro con Dworkin

1. Introducción

Resulta difícil exagerar la importancia del libro de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.[1] Se puede decir, en efecto, que la teoría del derecho de Dworkin –de la que este libro contiene una primera formulación– ha condicionado todo el debate filosófico-jurídico de los años setenta y ochenta,[2] especialmente en los países anglosajones.[3] Ese debate ha sido condicionado por Dworkin en un doble sentido.

En primer lugar, las ideas de Dworkin han provocado una discusión interminable, que ha producido una inmensa literatura.[4] Dicho de otro modo: todos los autores se han visto un poco constreñidos a enfrentarse de algún modo con la teoría de Dworkin (aunque la mayoría han asumido una aproximación crítica respecto de ella).[5]

En segundo lugar, Dworkin ha contribuido de forma decisiva al desarrollo en la filosofía del derecho contemporánea de una tendencia fuertemente antipositivista. En cierto sentido, muchos filósofos son, hoy en día, "dworkinianos", aunque sea de forma (a veces) inconsciente. No se trata sólo de la crítica explícita ofrecida por Dworkin contra el positivismo jurídico (de la que veremos enseguida sus elementos esenciales). Se trata, más ampliamente, de una línea teórica marcada por el rechazo de todo estudio puramente científico –es decir, absolutamente descriptivo y *wertfrei*– acerca del derecho.

Dworkin –como sus epígonos– rechaza toda distinción neta entre el derecho y la moral.[6] En consecuencia, rechaza igualmente toda distinción entre el discurso de los jueces (y de los juristas) y la argumentación moral. A decir verdad, Dworkin no acepta ni siquiera la distinción entre el derecho (las normas) y la ciencia del derecho (las proposiciones que describen esas normas).[7]

2. El positivismo jurídico (según Dworkin)

La teoría del derecho de Dworkin[8] no puede comprenderse sin una previa exposición de las tesis positivistas contra las que Dworkin dirige sus críticas. Pues bien, según su reconstrucción, el positivismo jurídico se caracteriza por las siguientes tesis:[9]

1) Todo sistema jurídico no es más que un conjunto de normas o reglas, que son las únicas fuentes de obligaciones y derechos para los ciudadanos. Una norma es un enunciado prescriptivo que correlaciona una consecuencia jurídica bien determinada con una circunstancia fáctica igualmente determinada. Así, toda controversia que se produzca en el campo de aplicación de una norma encuentra, en la propia norma, una solución unívoca.

2) Las normas que componen un determinado sistema jurídico pueden ser claramente distinguidas de otros tipos de reglas (en especial, de las reglas morales), ajenas al propio sistema jurídico, sobre la base de un *test* de validez formal. Una norma pertenece al sistema jurídico si, y sólo si, ha sido dictada por una autoridad competente. El conjunto de los criterios que una norma debe satisfacer para ser reconocida como perteneciente al sistema jurídico de que se trate es lo que –a partir de Hart– es común denominar como la "regla de reconocimiento" de ese sistema.

3) Una proposición jurídica –es decir, una proposición que afirma la existencia de un derecho o de una obligación– es verdadera cuando existe una norma jurídica (válida) correspondiente. Es falsa si existe una norma contraria. No es ni verdadera ni falsa si el derecho presenta una laguna, es decir, si no existe ninguna norma (ni en un sentido ni en el otro).

4) En todo sistema jurídico hay casos "difíciles" que no pueden ser decididos sobre la base del derecho existente: ya sea porque las normas tienen una formulación vaga, ya sea porque el sistema tiene una laguna.

5) En los casos difíciles no hay ninguna solución justa o correcta (*right answer*). En otras palabras, la proposición que

afirma o niega la existencia de un derecho del actor o de una obligación del demandado no es verdadera ni falsa.

6) En consecuencia, la solución de un caso difícil sólo puede encontrarse fuera del derecho existente. Ante un caso difícil, inevitablemente, el juez dispone de un poder discrecional en virtud del cual se comporta como legislador, creando derecho nuevo (para después aplicarlo retroactivamente).

7) Finalmente, –y ésta es la parte prescriptiva de la teoría positivista, estrechamente asociada (según Dworkin) al utilitarismo– ante un caso difícil, y por tanto en ausencia de derechos y obligaciones preconstituidos, el juez debe decidir escogiendo la solución que mejor asegure el bienestar colectivo (de la sociedad en su conjunto).

3. La crítica antipositivista

Todas las tesis positivistas aquí expuestas son criticadas por Dworkin.

1) El derecho no es un conjunto de normas, sino una *mélange* de normas específicas y de principios que expresan exigencias de justicia. Se sigue de esto que las obligaciones y los derechos no surgen sólo de las normas sino también de los principios.

Los principios se distinguen, ante todo, de las directrices políticas (*policies*); las directrices políticas determinan objetivos colectivos, mientras que los principios establecen derechos y obligaciones individuales.

Los principios se distinguen, además (y principalmente), de las normas por diversos aspectos.

a) En primer lugar, los principios no establecen una consecuencia jurídica precisa en presencia de una circunstancia igualmente precisa: esto es, no establecen una solución unívoca para las controversias a las que son aplicables. Los principios orientan las decisiones, ofreciendo argumentos en un sentido o en otro, pero no la determinan.[10] En primer lugar, porque su contenido es indeterminado. En segundo lugar, y especialmente, porque en toda controversia son aplicables siempre di-

versos principios, en conflicto entre sí, de forma que, para decidir el caso, es necesario valorar el peso relativo de los principios implicados.

b) En segundo lugar, los principios están provistos de una "dimensión" que es desconocida para las normas: la dimensión del "peso" o de la "importancia" relativos. Por otro lado, la importancia de todo principio es controvertida y no existe ningún *test* para determinarla: depende de la argumentación.

c) En tercer lugar, es una característica estructural de los principios (de todo principio) estar siempre en conflicto con otros principios. Y, sin embargo, los conflictos entre principios no se resuelven decidiendo que uno u otro de los principios en conflicto es inválido (como sucede en cambio en los conflictos entre normas). Los conflictos entre principios se resuelven mediante la "ponderación" de los principios implicados. El resultado de la ponderación es que uno de los principios en conflicto prevalece, mientras que el otro es, por decirlo así, dejado de lado. Pero éste último conserva su validez.

d) En cuarto lugar, los principios son, por decirlo así, más débiles que las normas, en el sentido de que siempre admiten innumerables excepciones. Es verdad que también las normas admiten excepciones, pero, en su caso, las excepciones pueden ser enumeradas, ya que son, en realidad, partes de la propia norma en su formulación "completa". En cambio, en el caso de un principio, las excepciones no son susceptibles de una enumeración exhaustiva.

2) Los principios, a diferencia de las normas, no pueden ser reconducidos a la regla de reconocimiento (aquella regla que fija las condiciones de validez de las restantes reglas del sistema). Los principios, en efecto, no son creados por la legislación (y tampoco por la jurisprudencia): no son el fruto de actos de promulgación de una autoridad normativa cualquiera. En resumen, carecen de validez formal. Ellos se basan, en última instancia, en sentimientos de justicia compartidos por la comunidad política de que se trate. Se sigue de aquí que los derechos conferidos por principios no son derechos positivos: ellos preexisten a la legislación.

Por otro lado, los principios constituyen la justificación moral y política del derecho vigente: son, en consecuencia, subyacentes al derecho positivo. Para identificarlos, es necesario reconstruir

la filosofía política (o la "teoría del derecho", en la terminología de Dworkin) que mejor justifica el sistema jurídico existente y le confiere cohesión moral (explicando al mismo tiempo su historia institucional). El derecho, pues, no puede ser distinguido de forma clara de la moral: los principios son el puente de unión entre uno y otro dominio.

3) Toda controversia –incluso los casos difíciles– puede resolverse sobre la base del derecho existente, entendido como una *mélange* de normas y principios. Es más: toda controversia admite una y sólo una solución justa o correcta. En ausencia de normas específicas o en presencia de normas oscuras, esa solución es ofrecida por los principios, por medio de los cuales el juez está capacitado para colmar las lagunas o para decidir la interpretación correcta de las normas con una formulación indeterminada. El juez no tiene pues ninguna necesidad de crear derecho nuevo.

4) Se habla de "discrecionalidad" (o poder discrecional) en tres sentidos: dos sentidos débiles y un sentido fuerte. En un primer sentido débil, "discrecionalidad" denota la situación de quien debe usar discernimiento en la aplicación de criterios de decisión predeterminados (por ejemplo, tiene discrecionalidad en este sentido todo aquél que aplique "cláusulas generales"). En un segundo sentido débil, "discrecionalidad" denota la posición de quien puede tomar una decisión de última instancia, inapelable. En un tercer sentido, ahora fuerte, "discrecionalidad" denota la situación de quien puede decidir arbitrariamente, no estando vinculado por ningún criterio de juicio preexistente.

Ahora bien, es verdad que en los casos difíciles el juez dispone de un "poder discrecional", pero sólo en el primer (y, eventualmente, si es un juez de última instancia, en el segundo) sentido débil de la expresión: es decir, en el sentido de que debe hacer uso de la prudencia y la sensatez, buscando el punto de equilibrio entre los distintos principios aplicables. No, en cambio, en el sentido de que su decisión esté desvinculada de cualquier criterio de juicio preconstituido. Los principios, en efecto, constituyen criterios de juicio vinculantes para los jueces.

La decisión justa o correcta es aquella que es más coherente con la filosofía política que justifica al sistema jurídico en su

conjunto. Aplicando los principios, los jueces no actúan como legisladores (esto es, no crean nuevos derechos y obligaciones), sino que se limitan a reconocer derechos y obligaciones preexistentes.

5) En los casos difíciles –y aquí está el lado prescriptivo de la teoría de Dworkin– los jueces deben fundar sus decisiones sobre principios (que, debe recordarse, no fijan objetivos colectivos sino que confieren derechos subjetivos). Una decisión judicial, en efecto, sólo está justificada si respeta los derechos individuales de las partes: es esto a lo que Dworkin llama "tesis de los derechos". La tesis de los derechos está justificada en el principio democrático (los jueces, no siendo órganos representativos, no deben crear derecho) y en el principio liberal de la irretroactividad del derecho (el derecho creado por los jueces es necesariamente retroactivo). La tesis de los derechos, además, constituye una crítica implícita a las orientaciones jurisprudenciales propugnadas por el movimiento denominado "*law and economics*" (o "análisis económico del derecho").

Según Dworkin, los individuos tienen derechos frente al estado, que preexisten a la legislación y son absolutamente independientes de ella. Y, por otra parte, no hay ningún fin común ni objetivo colectivo que pueda ser razón suficiente para privar a un individuo de sus derechos.

4. Algunas observaciones a modo de conclusión

Este capítulo no tiene otra finalidad que exponer de forma clara, ordenada y coherente la teoría de Dworkin (quien haya leído *Taking Rights Seriously* sabe lo necesario que es y reconocerá que no es empresa fácil). La discusión crítica puede ser reenviada a otra ocasión. Me limito, pues, a unas pocas observaciones a modo de conclusión.

1) La filosofía del derecho de Dworkin es un *avatar* muy sofisticado de la doctrina del derecho natural, sorprendentemente mezclada con un eco del lado más formalista del positivismo jurídico clásico.

Es iusnaturalista la idea de que los individuos tienen derechos que anteceden a toda legislación. Es también iusnatura-

lista la tesis según la cual no se puede trazar una clara línea de demarcación (conceptual) entre derecho y moral. Pero es un eco del formalismo la idea de que el derecho (o más bien, esta extraña mezcla de normas positivas y principios morales) es completo y coherente, de forma que toda controversia admite una y sólo una solución correcta.[11]

2) Por otra parte, la idea de que el derecho está compuesto no sólo de normas específicas sino también por principios generales (útiles para colmar las lagunas de la legislación) no tiene nada de sorprendente. Muchos principios están formulados en la mayor parte de las constituciones, especialmente, contemporáneas; otros están formulados en las leyes; otros aun están –en algún sentido– implícitos en el derecho vigente (pudiéndose obtener de los textos normativos mediante las técnicas de "destilación" oportunas).

Comúnmente, todos estos principios son tratados por los juristas como simples principios de derecho *positivo*: bien porque son expresamente promulgados por una autoridad normativa (el constituyente, el legislador) o bien porque están implícitos en normas promulgadas. Por otro lado, es bastante obvio que muchos principios positivos (aunque, es verdad, que no todos) encuentran su raíz en los sentimientos morales, en las ideas de justicia de la comunidad política. Entonces: ¿cuál es el problema?

3) Es un hecho que todo ordenamiento jurídico está compuesto por normas y principios: pero no se advierte como esto puede poner en discusión la distinción positivista entre derecho y moral. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, las opciones son dos y sólo dos: los principios son derecho positivo válido o no lo son. En el primer caso, no se presenta ningún problema. En el segundo caso, no hay más que constatar que, en algunas ocasiones, ante casos difíciles, los jueces se apartan del derecho positivo y resuelven las controversias que les son presentadas sobre la base de criterios morales (extrajurídicos).

A la luz de lo anterior, se puede quizás decir que la distinción positivista entre derecho y moral es inútil y engañosa, y que debe ser abandonada. En cambio, no se puede sostener que los principios *son* y –al mismo tiempo– *no son* derecho válido.

Y es precisamente esto lo que parece hacer Dworkin. Él sostiene que los principios no son derecho válido, cuando se trata de mostrar que el derecho es inseparable de la moral. Pero sostiene también que los principios son derecho válido cuando se trata de mostrar que son vinculantes para los jueces.

4) La tesis dworkiniana, según la cual los principios constituyen un "puente" entre el derecho y la moral, no tiene otro objetivo que mostrar que la fuerza vinculante y la importancia relativa de los principios no pueden ser verificadas empíricamente, ya que dependen de valoraciones y de argumentaciones morales. Y es por esto que la argumentación en el derecho y la argumentación en la moral son, según él, inseparables.[12]

Se comprende entonces la difusión de esta actitud antipositivista en la filosofía del derecho contemporánea. Es una actitud que refleja y, al mismo tiempo, trata de justificar, la praxis (en particular: el estilo argumentativo) de la Corte suprema de los Estados Unidos y, con ella, de muchos tribunales constitucionales europeos, que se limitan cada vez menos a interpretar los textos constitucionales y muestran cada vez más la tendencia a valorar (no ya la conformidad con la constitución, sino) la justicia sustancial de las leyes que les son sometidas a enjuiciamiento.

Notas

1. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, II ed. 1978; trad. cast., *Los derechos en serio*, a cargo de M. Guastavino, Barcelona, 2ª ed., 1989. Se ha publicado recientemente una excelente traducción francesa de este libro (que ha motivado este capítulo): *Prendre les droits ou sérieux*, Paris, 1995, a cargo de F. Michaut. En cambio, no es en absoluto confiable la trad. (parcial) italiana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, a cargo de F. Oriana, revisada por G. Rebuffa: manifiestamente, traductor y revisor ignoran de qué se está hablando (un solo ejemplo entre miles: la locución: "rule utilitarianism" es traducida como "l'utilitarismo, di regola, ..."). Por otra parte, en Rebuffa no son nuevos semejantes infortunios: véase "Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, donde la expresión "reverse discrimination" es entendida en el sentido de "contro la discriminazione".
2. El volumen mencionado es una colección de artículos: el más importante de ellos –publicado originalmente con el título "Is Law a System of Rules?" se remonta a 1967.
3. Cfr., sin embargo, en referencia al tema específico de este capítulo: en Francia, el "Dossier Dworkin", contenido en los fascículos 1 y 2 de las revista *Droit et*

société, respectivamente de 1985 y 1986 (el primer fascículo contiene una presentación de M. Troper, además de algunas traducciones de textos de Dworkin; el segundo contiene artículos sobre Dworkin de A. Carty, R. Guastini, S. Leader y M. Troper); en Italia, A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982; B. Pastore, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985; también R. Guastini, "Due note di teoria del diritto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980; en la literatura española, L. Prieto, "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", en *Revista de ciencias sociales* (Valparaíso), 1983.

4. Véase, aunque quizás ya está desfasada, la bibliografía contenida en R. Guastini, "Soluzione dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983.
5. Muchos ensayos importantes están recogidos en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, 1983. A ellos debe añadirse H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream"(1977), ahora en Id. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; trad. cast., "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", a cargo de J.J. Moreso y P.E. Navarro, en P. Casanovas, J.J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994; Id., "Postscript", en Id., *The Concept of Law*, nueva ed., Oxford, 1994. Al respecto, vid.: S. Guest, "Two Strands in Hart's Theory of Law: A Comment on the Postscript to Hart's *The Concept of Law*", en S. Guest (ed.), *Positivism Today*, Aldershot, 1996, y también la réplica de R. Dworkin, *Hart's Posthumous Reply*, Draft, 1994, inédito.
6. Observa justificadamente A. Marmor (*Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992) que Dworkin desconoce –es más, rechaza expresamente– la distinción entre las siguientes preguntas: "¿Qué es el derecho?", ¿Qué establece el derecho sobre este caso?" y "Qué debería establecer el derecho en este caso?. Cfr. también H.L.A. Hart, "Postscript", cit., 238, ss.
7. Cfr. E. Bulygin, "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 186 ss.
8. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, II ed., cit., caps. 1,2,3,4,7,13; trad. cast. *Los derechos en serio*, cit., caps. 1,2,3,4,7,13; Id. "No Right Answer?" (1978), ahora en Id. *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), London, 1985; trad. cast., "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", a cargo de M. Narvaez, en P. Casanovas, J.J. Moreso (ed.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994; Id., "La complétude du droit", en P. Amselek, C. Grzegorczyk (ed.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989.
9. Se trata esencialmente de la versión del positivismo jurídico elaborada por H.L.A. Hart, especialmente en *The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. cast., *El concepto de derecho*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1992.
10. Los principios, como dice Hart ("Postscript", cit., 260-261) tienen un carácter "no-concluyente": «no "imponen" una decisión, pero orientan hacia una decisión y ofrecen argumentos en favor de ella».
11. «Aparentemente [...] no hay nada verdaderamente nuevo [en la tesis de Dworkin]: él sostiene, en sustancia, que los hombres tienen derechos naturales, que los positivistas se equivocan de forma importante al reducir el derecho a las normas positivas o que los jueces no tienen poder discrecional porque deben sólo aplicar el derecho preexistente» (M. Troper, "Dossier Dworkin. Présentation", en *Droit et société*, 1, 1985, 28).

12. Un reflejo de esta tesis se encuentra en G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 157; trad. cast. *El derecho dúctil*, a cargo de M. Gascón, Valladolid, 1995, 116: «El estilo, el modo de argumentar "en derecho constitucional" se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar "en derecho natural", como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los Tribunales constitucionales». Cfr. L. Mengoni, "Il diritto costituzionale como diritto per principi", en *Ars interpretandi*, 1, 1996; Id., *Ermeneutica dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 115 ss.; R. Guastini, "Diritto mite, diritto incerto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996; trad. cast., "Derecho dúctil, derecho incierto", a cargo de M. Gascón, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, 1996-1997.

VII

¿Especificidad de la interpretación constitucional?

El problema y sus coordenadas

¿Cuál es (si existe) la especificidad de la interpretación constitucional? ¿Qué distingue (en el supuesto que algo la distinga) la interpretación de la constitución de la interpretación de cualquier otro texto normativo? ¿La interpretación de la constitución es algo distinto, por ejemplo, de la interpretación de la ley? Y si lo es, ¿cuál es la diferencia?

Es conveniente decir desde un inicio que la especificidad de la interpretación constitucional, si existe, no afecta a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal. Bien entendido, 'interpretación' es el nombre de (al menos) dos actividades muy distintas. Unas veces, la interpretación –especialmente si se realiza por un órgano de aplicación– es un acto de voluntad o decisión: es atribución (o adscripción) de un significado a un texto. Otras veces, la interpretación –si se realiza, supongamos, por un (¿imaginario?) jurista completamente "desinteresado"– es más bien un acto de conocimiento: es descubrimiento (o descripción) de los significados que un texto expresa potencialmente. Pero nadie puede plausiblemente sostener que la interpretación sea unas veces una cosa y otras veces otra según la identidad del texto interpretado.

Se puede, en cambio, avanzar la hipótesis de que la especificidad de la interpretación constitucional afecta a una o más de las siguientes cosas:

a) los agentes de la interpretación;
b) las técnicas interpretativas;
c) los problemas de interpretación.

Puede suceder, en otras palabras, que la constitución, a diferencia de las (otras) leyes, no esté sujeta a la interpretación judicial (de los jueces comunes) sino a la interpretación de otros agentes; o que para la interpretación de los documentos constitucionales sea necesario (o sólo oportuno) adoptar técnicas interpretativas específicas, distintas de las que se usan para la interpretación de las leyes; o, también, que los textos constitucionales produzcan problemas interpretativos distintos de los ordinarios, que surgen de la interpretación de las leyes.

1. Los agentes de la interpretación constitucional

Para identificar a los agentes –si no exclusivos, sí al menos típicos o privilegiados– de la interpretación constitucional, es necesario identificar de forma preliminar a los destinatarios de las normas constitucionales. Parece obvio, en efecto, que la constitución es interpretada típicamente (aunque no exclusivamente) por sus destinatarios. ¿Quiénes son, pues, los destinatarios de las normas constitucionales?

Esta pregunta, sin embargo, no parece admitir una respuesta simple y unívoca, ya que son muchas las variables en juego. En lo que sigue me limitaré a las variables principales, absteniéndome de combinarlas (como quizás fuera necesario para un tratamiento completo del problema).

1) *Dos concepciones de la constitución.* Una primera variable es la forma de concebir la función política de la constitución.

A grandes rasgos, se puede sostener que la constitución responde

i) a la función de limitar el poder político, o bien

ii) a la función de modelar las relaciones sociales.

En general, la primera concepción induce a sostener que las normas constitucionales se dirigen esencialmente a los órganos constitucionales supremos (las Cámaras, el Gobierno, el Jefe del Estado, el Tribunal Constitucional, etcétera), y que estos son los únicos intérpretes "autorizados" de la constitución. En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional –a diferencia de las leyes ordinarias– no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes.

La segunda concepción, en cambio, sugiere que la constitución es –como toda otra ley– susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias que se les someten. En general, esta concepción se reduce a favorecer:

a) por un lado, la interpretación conforme de la legislación ordinaria: las leyes son interpretadas de forma que su contenido normativo resulte coherente con la constitución (previamente interpretada);

b) por otro, la sobreinterpretación del texto constitucional, de forma que se obtengan de él (implícitamente) reglas y principios idóneos para regular directamente las relaciones sociales y para resolver las respectivas controversias.

Naturalmente, no todos los textos constitucionales se prestan de igual forma a este tipo de tratamiento. Se prestan en mayor medida para ser sobreinterpretados y para condicionar la interpretación de las leyes ordinarias los textos constitucionales que incluyen disposiciones programáticas y/o solemnes declaraciones de principio; se prestan poco o nada, los textos que se limitan a dictar las reglas de organización y funcionamiento de los órganos constitucionales.

2) *El régimen jurídico de la constitución*. Una segunda variable es el "régimen jurídico" de la constitución: me refiero, obviamente, a la distinción entre constitución rígida y flexible (asumiendo por simplicidad que todas las constituciones rígidas están además garantizadas por alguna forma de control de la legitimidad constitucional de la legislación ordinaria). Pues bien:

i) Si la constitución es flexible, de forma que no hay ningún control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes, el único intérprete "oficial" (esto es, dotado de autoridad) del texto constitucional –incluidas las disposiciones que confieren derechos de libertad– no es otro que el propio legislador. La constitución está, de hecho, sustraída a la interpretación de los jueces comunes.

ii) Si la constitución es rígida, es necesario hacer distinciones ulteriores:

a) Allí donde el control de legitimidad constitucional sobre las leyes es ejercido de forma difusa por todos los jueces, como sucede en Estados Unidos, no hay ningún intérprete privile-

giado de la constitución: la constitución –igual que cualquier otra ley– es interpretada, en última instancia, por los jueces.

b) Allí donde el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido, en cambio, por un juez constitucional (único órgano competente, por hipótesis, para decidir las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes), como sucede en muchos regímenes constitucionales europeos, hay un intérprete privilegiado de la constitución y ese intérprete es precisamente el juez constitucional.

Sin embargo, allí donde el control del juez constitucional se ejercita a posteriori y como excepción, como sucede por ejemplo en Italia, los jueces comunes desarrollan inevitablemente una función de filtro frente al juez constitucional. En esas circunstancias, también los jueces comunes –salvo que tengan la obligación de elevar al juez constitucional cualquier cuestión planteada por las partes y, al mismo tiempo, no tengan el poder de elevar cuestiones de oficio– interpretan y hacen uso directo de la constitución: ya sea juzgando una cuestión de legitimidad constitucional como fundada (o, al menos, no manifiestamente infundada) y, por tanto, merecedora de ser sometida al juez constitucional; ya sea juzgándola como infundada (o manifiestamente infundada) y, por tanto, no merecedora de ser remitida al juez constitucional. Todo juicio acerca de la fundamentación o falta de fundamentación de una cuestión de legitimidad constitucional supone, en efecto, la interpretación constitucional.

3) *El contenido normativo de la constitución*. Una tercera variable es el contenido de la constitución ya que, obviamente, no todas las constituciones presentan el mismo contenido normativo.

i) Algunas constituciones, por ejemplo, contienen exclusivamente normas sobre la organización de los poderes públicos (no incluyen un catálogo de derechos ni contienen normas programáticas o de principio).

En general, las normas que distribuyen el poder entre los distintos órganos del estado no están sujetas a interpretación judicial: los únicos intérpretes de estas normas son esos mismos órganos a los que aquéllas se dirigen (las Cámaras, el Gobierno, el Jefe del Estado, etcétera). Sin embargo, es conveniente introducir algunas precisiones.

La controversia que puede surgir por la violación –o la pretendida violación– de las normas que distribuyen el poder entre los órganos del estado es un conflicto de poder entre esos mismos órganos. Ahora bien, los conflictos de poder entre los órganos del estado pueden ser "justiciables", esto es, susceptibles de solución en sede jurisdiccional, o no serlo en absoluto. En la mayor parte de las constituciones modernas, en realidad, los conflictos de poder no son justiciables, pero se da también el caso contrario y que el juez competente para resolver dichos conflictos sea el juez constitucional.

Cuando los conflictos de poder no son justiciables, los únicos intérpretes "autorizados" de las disposiciones constitucionales en cuestión son los propios órganos del estado a los que aquéllas se dirigen, ya que la interpretación ofrecida por esos órganos no está sujeta a ningún control jurisdiccional.

En cambio, cuando los conflictos de poder son susceptibles de solución jurisdiccional por parte del juez constitucional –como sucede, por ejemplo, en Italia y en Alemania– el intérprete privilegiado, o "último", de las disposiciones en cuestión es precisamente el juez constitucional.

ii) Muchas constituciones incluyen, junto a las normas sobre la organización de los poderes, una declaración de derechos.

Ahora, la controversia que típicamente puede surgir de la violación –o de la pretendida violación– de las normas que confieren derechos (especialmente, derechos de libertad) a los ciudadanos es una controversia relativa a la legitimidad constitucional de una ley. Es necesario entonces preguntarse: ¿qué órgano es competente para dirimir controversias de este tipo? La respuesta a esta pregunta depende del régimen jurídico de la constitución, del que hemos hablado antes, en el punto (2).

iii) Finalmente, muchas constituciones, especialmente contemporáneas, incluyen –junto a la declaración de derechos y a las normas sobre la organización del estado– también una gran variedad de normas programáticas y de principio. ¿Qué órgano es competente para interpretar las disposiciones de este tipo? La respuesta a esta pregunta depende, por un lado, de la forma de concebir la función política de la constitución, de la que hemos hablado en el punto (1), y por otro lado, del régimen jurídico de la constitución, del que hemos hablado en el punto (2).

1.1. ¿Interpretación auténtica de la constitución?

Nos podemos preguntar si la constitución también es –como la ley– susceptible de interpretación auténtica (la pregunta, obviamente, no tiene sentido en el caso de las constituciones no escritas). La importancia de la cuestión es eminentemente conceptual: en realidad, no proyecta tanto su luz sobre la peculiaridad de la interpretación constitucional como sobre la ambigüedad del concepto de interpretación auténtica. En efecto, ¿qué se entiende por 'interpretación auténtica'?

En el lenguaje jurídico, típicamente, se denomina 'auténtica' la interpretación de la ley realizada por el órgano legislativo mediante una ley posterior. Pero exactamente, ¿qué hace 'auténtica' a esa interpretación? ¿La identidad del órgano del que emana la interpretación? ¿El *nomen iuris* del documento interpretativo? ¿O su "fuerza", su ubicación en la jerarquía de las fuentes? ¿O el hecho de que la ley interpretativa sea vinculante para todos los órganos aplicadores? Como puede observarse, la pregunta acerca del concepto de interpretación auténtica admite distintas respuestas. (En el lenguaje común, la interpretación de un texto cualquiera se considera auténtica únicamente si es realizada por el mismo sujeto –por la misma persona– que es autor del texto interpretado; pero esta noción de interpretación auténtica no es habitual en el ámbito jurídico y puede ser abandonada.)

a) En primer lugar, puede sostenerse que la interpretación de un documento normativo es auténtica sólo si es realizada por el mismo órgano que aprobó el documento en cuestión. En ese caso, deberá distinguirse entre las constituciones "otorgadas" por el soberano y las constituciones aprobadas por asambleas populares. La interpretación auténtica de una constitución *octroyée* parece posible (aunque improbable): será necesario para ello un acto del soberano. En cambio, la interpretación auténtica de una constitución "popular" es una hipótesis absolutamente peregrina: habitualmente, las asambleas constituyentes se disuelven, una vez aprobado el texto constitucional, al agotarse su mandato.

b) En segundo lugar, puede considerarse auténtica la interpretación de un documento normativo realizada mediante un documento dotado del mismo *nomen iuris* que el documento interpretado. En ese caso, la posibilidad de una interpretación au-

téntica de la constitución parece excluida: una "constitución" sucesiva, obviamente, no sería entendida como una interpretación auténtica de la precedente sino como una nueva constitución.

c) En tercer lugar, puede sostenerse que la interpretación de un documento normativo es auténtica si es realizada mediante un documento dotado de la misma "fuerza" jurídica que el documento interpretado. En ese caso, es necesario distinguir entre constituciones flexibles y rígidas. Si la constitución es flexible, entonces se podrá (quizás) considerar auténtica la interpretación de la constitución realizada mediante una ley (ordinaria, ya que, por hipótesis, no existen otras leyes). Si la constitución es rígida, entonces se podrá (quizás) considerar auténtica la interpretación de la constitución realizada mediante ley constitucional (siempre que esa fuente esté prevista en la constitución).

d) En cuarto lugar, puede considerarse auténtica la interpretación de un documento normativo realizada por un órgano que tenga, por así decirlo, la última palabra sobre la materia: esto es, un órgano cuya interpretación no pueda ser contradecida o anulada por ningún otro órgano y sea vinculante para todos. También en este caso, es necesario distinguir entre constituciones flexibles y rígidas. Si la constitución es flexible, cualquier acto legislativo puede valer como interpretación auténtica de la misma. Si la constitución es rígida y está garantizada por un órgano de justicia constitucional, es interpretación auténtica de la misma toda decisión del juez constitucional.

2. Las técnicas de la interpretación constitucional

Se puede sostener –y de hecho, se ha sostenido algunas veces– que, en el caso de la constitución, deben emplearse reglas y técnicas de interpretación peculiares: distintas de las que se emplean para otros documentos normativos.

1) *Constituciones "octroyées" y constituciones pactadas*. Para comenzar, se puede decir que no necesariamente todas las constituciones exigen o toleran las mismas técnicas interpretativas. Por ejemplo, podría sostenerse que:

a) las constituciones surgidas de actos unilaterales de una autoridad (cualquiera) –el soberano (constituciones *octroyées*) o

una asamblea constituyente (constituciones populares), poco importa– deben ser interpretadas, como es habitual en el caso de actos normativos unilaterales, buscando la intención del "legislador"; mientras que

b) las constituciones pactadas –surgidas del acuerdo entre el soberano y una asamblea representativa– deben ser interpretadas, como es habitual en el caso de los actos convencionales, buscando la intención común de los "contrayentes".

2) *La interpretación liberal de la constitución.* Puede imaginarse una doctrina liberal de la interpretación constitucional, en virtud de la cual la constitución deba ser interpretada de forma que circunscriba, cuanto sea posible, el poder estatal y extienda, cuanto sea posible, los derechos de libertad.

Este punto de vista –que quizás no ha sido nunca defendido como teoría pero que algunas veces ha sido puesto en práctica por juristas de orientación liberal– consiste:

a) por un lado, en la interpretación restrictiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren poderes a los órganos del estado; y

b) por otro lado, en la interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos.

Es evidente, por otra parte, que la doctrina examinada puede ser extendida a la interpretación de cualquier documento normativo –aunque no sea constitucional– que instituya poderes públicos y/o confiera derechos de libertad.

3) *La constitución rechaza la interpretación literal.* Según un punto de vista bastante difundido, la constitución no se presta a una interpretación literal.

Las disposiciones constitucionales (si no todas, gran parte de ellas) –suele decirse– son formuladas en un lenguaje extremadamente vago: son, en realidad, "principios", más bien que "normas" o "reglas" específicas; y la indeterminación de las formulaciones es precisamente un rasgo característico de las disposiciones de principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos literalmente: la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y hacerlo, así, inutilizable en la aplicación del derecho.

Esta doctrina, en realidad, no parece aplicable a la totalidad de los distintos textos constitucionales; y, por lo demás, no todas las constituciones contienen disposiciones de principio.

Sea como sea, esta doctrina asume que los principios constitucionales tienen un contenido prescriptivo a desvelar mediante la interpretación. Pero la tesis de que los principios constitucionales están provistos de contenido prescriptivo (y no la de que carecen, o prácticamente carecen, de él) es, precisamente, la tesis que hay que demostrar. Se puede sostener, en cambio, que si el pretendido contenido prescriptivo de los principios no puede ser capturado mediante la interpretación literal –esto es, confiando en el significado común de las palabras– entonces ese contenido prescriptivo, simplemente, no existe.

4) *La constitución exige una interpretación evolutiva.* Es también una doctrina difundida que debe aplicarse a la constitución la denominada interpretación "evolutiva", que consiste en atribuir al texto constitucional un significado distinto del "histórico" (distinto del significado que el texto tenía en el momento de su dictado) e incluso un significado siempre cambiante, de forma que permita adaptar su contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas y/o sociales. Como es fácil comprender, esta doctrina es más persuasiva cuanto más antiguo es el documento constitucional de que se trate (como, por ejemplo, la constitución federal de los Estados Unidos).

Esta tesis ha sido defendida con dos argumentos distintos:

a) Un primer argumento es, a grandes rasgos, el siguiente: la constitución regula esencialmente relaciones políticas, es decir, relaciones que inevitablemente cambian en el tiempo. Por ello, debe ser interpretada de forma que se adapte a la evolución de las relaciones que regula.

b) Un segundo argumento es, más o menos, el siguiente: la constitución es el "contrato social" que funda la comunidad; en cuanto tal, debe adecuarse a los valores ético-políticos dominantes en el seno de la comunidad de que se trate. Por tanto, la interpretación de la constitución debe cambiar a medida que cambian los valores socialmente aceptados.

Al respecto, sin entrar la valoración de este segundo argumento, se pueden hacer tres observaciones.

i) La primera observación es que la presente doctrina puede ser aplicada a la interpretación de cualquier documento nor-

mativo (en Italia, por ejemplo, la doctrina de la interpretación evolutiva ha sido elaborada, en régimen estatutario*[1], como doctrina de la interpretación de la ley): por tanto, no hace referencia específicamente a la interpretación constitucional.

ii) La segunda observación es que esta doctrina es inaceptable para quien se incline por atribuir autoridad a la intención subjetiva de los constituyentes.

iii) La tercera observación es que la doctrina en cuestión supone una notable estabilidad de los documentos constitucionales: no tiene sentido cuando el texto constitucional a interpretar es nuevo, y pierde toda fuerza de persuasión cuando es reciente.

En cualquier caso, esta doctrina produce un grave problema. Habitualmente, las constituciones son enmendables. Las revisiones constitucionales sirven, precisamente, para adaptar el texto normativo a las nuevas circunstancias. Pero, precisamente, la revisión constitucional es competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos. ¿Por qué, ante la inactividad del "legislador constitucional", la renovación de la constitución debería realizarse por vía interpretativa, por obra de ciudadanos privados (como son los juristas) y/o de órganos en todo caso incompetentes para enmendar la constitución? Bien entendido, esto constituye una violación de la propia constitución (de aquellas normas que precisamente regulan la revisión constitucional).

3. Problemas de la interpretación constitucional

Finalmente, hay algunos problemas de interpretación que, *prima facie*, no afectan a los documentos normativos en general sino específicamente a los textos constitucionales. Entre estos, los siguientes (la lista es obviamente incompleta).

1) *¿Constituciones flexibles o constituciones inmodificables?* Un primer problema afecta a todas aquellas constituciones que no dicen nada acerca de su propia revisión. El problema es el siguiente: ¿debe sostenerse que una constitución, que no prevé ningún procedimiento para su revisión, es flexible (y por tanto modificable mediante leyes ordinarias) o, en cambio, debe sostenerse que una constitución así está "petrificada", que es ab-

solutamente inmodificable? A primera vista, ambas tesis parecen sostenibles.

a) Se puede sostener, en primer lugar, que la constitución es flexible. Este punto de vista tiene, obviamente, el doble efecto de "debilitar" la constitución existente y permitir su modificación pacífica (si la constitución fuese legalmente inmodificable, entonces no habría otro modo de cambiarla que no fuese recurriendo a medios ilegales: en última instancia, al uso de la fuerza).

Sin embargo, en ausencia de una norma que expresamente autorice al legislador ordinario a modificar la constitución, esta tesis no puede ser defendida con argumentos textuales. Para argumentarla, es necesario recurrir a asunciones o construcciones dogmáticas más o menos complejas. Por ejemplo, se puede fundar la tesis en cuestión asumiendo el postulado –estimado por la doctrina francesa de la Tercera República– de la omnipotencia del parlamento, concebido no como poder constituido sino constituyente (y, por tanto, "soberano").

b) Se puede sostener, en segundo lugar, que la constitución es, más que rígida, rigidísima, "petrificada", sustraída a cualquier mutación (legal). Este punto de vista tiene, obviamente, el efecto de "reforzar" la constitución existente, haciendo, no obstante, imposible su revisión pacífica. Para sostener esta tesis se pueden imaginar dos argumentos distintos (quizás: dos variantes de un mismo argumento).

Por un lado, la tesis examinada puede ser defendida simplemente argumentando (*a contrario*) a partir del texto constitucional interpretado literalmente: si la constitución no autoriza ningún procedimiento de revisión, entonces ningún procedimiento de revisión es autorizado; por tanto, la constitución es irreformable.

Por otro lado, la tesis examinada puede ser defendida argumentando a partir de un principio (habitualmente no escrito, pero) generalmente aceptado en las culturas jurídicas liberales. El argumento es que rigen, en el derecho constitucional, dos distintas normas de clausura. Una de ellas regula los derechos de los ciudadanos y dice que: "Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido" (principio de libertad). La otra regula los poderes de los órganos del estado, y dice que "Todo lo que no está expresamente permitido está prohibido" (principio de legalidad). Se sigue de ellos que, no estando ningún órgano expresamente autorizado para enmendar la consti-

tución, la revisión constitucional está, para cualquier órgano, prohibida.

2) *¿Reconocimiento o creación de derechos?* Una segunda cuestión concierne a todas aquellas constituciones que incluyen una declaración de derechos. La cuestión es si los derechos recogidos en la lista de la declaración son propiamente "declarados" por la constitución o, en cambio, son "constituidos", creados *ex novo* por ella. Como resulta claro, la respuesta a esta cuestión depende de la adhesión previa a una determinada filosofía del derecho.

a) Los partidarios del iusnaturalismo sostendrán que los derechos (subjetivos) existen "*in natura*", que son anteriores a toda regulación positiva e independientes de ésta: son derechos, por tanto, que la constitución se limita a reconocer. Desde este punto de vista –podría decirse– el texto constitucional es un texto no genuinamente prescriptivo (adscribir derechos es, en efecto, prescribir), sino *descriptivo* de derechos preexistentes.

Esta concepción parece encontrar confirmación en la forma que, a menudo, las constituciones están formuladas. Basta recordar el caso, paradigmático, de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789 (que desde su mismo nombre se presenta como un texto simplemente reconocedor de los derechos naturales preexistentes): «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos [...]» (art. 1); «El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre [...]» (art. 2).

A menudo, la interpretación de la declaración de derechos en clave iusnaturalista va acompañada de la idea de que la lista de derechos expresamente mencionados en la constitución es una lista abierta y, por tanto, susceptible de integración: nada dice, en efecto, que el reconocimiento de los derechos naturales realizado por los constituyentes sea completo y exhaustivo.

Además, la interpretación iusnaturalista fácilmente induce a pensar que la declaración de derechos, incluso en ausencia de una prohibición expresa en ese sentido, está sustraída a la revisión constitucional.

b) En cambio, los partidarios del positivismo jurídico sostendrán que no existen derechos (subjetivos) preexistentes al derecho positivo y que, por tanto, los derechos en cuestión no son

reconocidos sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la constitución.

Desde este punto de vista, las formulaciones meramente "reconocedoras" que se encuentran en muchos documentos constitucionales no prueban que verdaderamente existan derechos subjetivos naturales: como máximo, muestran que esta era la ideología de los constituyentes.

A menudo, la interpretación de las declaraciones de derechos en clave iuspositivista va acompañada de la idea de que el elenco de derechos mencionados en la constitución es una lista cerrada, no susceptible de integración por obra de los órganos de aplicación.

Además, la interpretación iuspositivista fácilmente induce a pensar –o, en todo caso, no prejuzga el rechazo de– que, en ausencia de una prohibición expresa en ese sentido, también la declaración de derechos es susceptible de revisión constitucional como cualquier otra parte de la constitución.

3) *¿Los preámbulos expresan normas?* Una tercera cuestión afecta a todas aquellas constituciones que incluyen un preámbulo. La cuestión es si las solemnes declaraciones de los preámbulos expresan "genuinas normas jurídicas". Un problema análogo, si no idéntico, se presenta también para todas aquellas constituciones –y son la mayoría de las constituciones decimonónicas– que, aunque sin preámbulo, contienen disposiciones programáticas y/o de principio. Como se puede intuir fácilmente, detrás de una futilidad aparente, la cuestión oculta al menos un par de problemas jurídicos extremadamente serios.

Un primer problema es si los preámbulos, los programas políticos y los principios tienen la capacidad de invalidar o, según los casos, derogar normas legislativas incompatibles.

Un segundo problema es si los textos en cuestión son, como suele decirse, "justiciables", esto es, si pueden ser directamente aplicados en sede jurisdiccional.

a) La respuesta negativa –los preámbulos, etcétera, no tienen genuino contenido normativo– puede ser, y ha sido, argumentada simplemente llamando la atención sobre la formulación de los textos en cuestión. Se trata, como máximo, de solemnes declaraciones de intenciones, que –por la extrema vaguedad del lenguaje en que son formuladas– no son reconducibles a la forma estándar de una norma, en la que una conse-

cuencia jurídica precisa se vincula a un no menos preciso supuesto de hecho. Los preámbulos, se ha dicho, se parecen más a textos literarios, filosóficos o políticos que a disposiciones normativas.

b) La respuesta positiva –los preámbulos, etcétera, expresan genuinas normas jurídicas– puede ser, y ha sido, argumentada apelando a la naturaleza jurídica de los documentos en cuestión. Los documentos constitucionales son textos jurídicos. Su formulación podrá provocar problemas interpretativos incluso graves. Pero la "fuerza" normativa de todo texto jurídico no deriva de su formulación sino de la "fuente" (en sentido subjetivo) de la que emana (según los casos, el soberano, una asamblea constituyente, el parlamento, el ejecutivo, etcétera). En suma, un texto constitucional tiene, tautológicamente, valor constitucional, por muy vago y ambiguo que pueda ser el lenguaje de los constituyentes.

4) *¿Hay límites lógicos a la revisión?* Un cuarto problema –que surge para cualquier constitución– es si existen límites "lógicos" a la revisión constitucional. Aclararé el punto algo más.

Los llamados límites "lógicos" no deben ser confundidos con los límites "implícitos" a la revisión.

Un límite implícito es una norma no expresa, que puede ser obtenida a partir de un determinado texto constitucional mediante los argumentos que habitualmente se usan en la interpretación (o más bien, en la integración) del derecho cada vez que se construyen, precisamente, normas implícitas: normas no expresamente formuladas en ninguna disposición.

La cuestión de si hay límites implícitos a la revisión constitucional es, pues, un problema común de interpretación de un documento constitucional determinado: no admite una respuesta de orden teórico-general, válida para cualquier constitución. Los límites implícitos, en otras palabras, son contingentes (no necesarios): propios de una determinada constitución y no necesariamente de todas.

Por ejemplo, dada una disposición que prohibe la revisión de la "forma republicana" del estado (art. 139 const. italiana vigente; art. 89, ult. pár. const. francesa del 1958), se puede sostener que el constituyente "minus dixit quam voluit". De forma que –más allá de la interpretación literal, y sobre la base de un

argumento de tipo "sistemático"– la revisión constitucional debe entenderse prohibida no sólo para la "forma republicana", sino también para la "forma democrática" del estado. Junto a la prohibición expresamente formulada en la constitución, el intérprete afirma la existencia de una prohibición ulterior, meramente implícita. Otro ejemplo: independientemente de toda prohibición expresa de revisión, la constitución califica determinados derechos subjetivos como "inviolables". Se puede sostener que el constituyente, diciendo "inviolables", haya pretendido decir: "no susceptibles de supresión ni siquiera mediante procedimiento de revisión constitucional". También en este caso tenemos una prohibición de revisión no expresamente formulada en la constitución, sino construida interpretativamente.

En cambio, los límites "lógicos" a la revisión son prohibiciones de revisión necesarias (no contingentes): intrínsecas a *cualquier* constitución. Por ejemplo, algunos sostienen que, por razones puramente lógicas, no es susceptible de enmienda la norma que regula la propia revisión constitucional.

En general (al margen del caso, recién mencionado, de la revisión de la norma sobre la revisión), los límites lógicos derivan –se supone– del propio concepto de revisión constitucional y/o del propio concepto de constitución. Con la condición, naturalmente, de que los conceptos en cuestión sean oportunamente definidos, ya que un concepto no implica nada más, ni nada menos, que aquello que se le ha "puesto dentro" al definirlo (quizás tácitamente, como sucede a menudo).

Por ejemplo, la existencia de límites lógicos a la revisión puede ser argumentada distinguiendo entre *revisión* de la constitución existente e *instauración* de una nueva constitución. Una cosa es modificar la constitución –se puede decir– sin alterar su identidad, es decir, los principios "supremos" que la caracterizan y la distinguen de otras constituciones; y otra cosa es introducir una nueva constitución, caracterizada por principios supremos distintos a los de la constitución precedente. La revisión constitucional no puede expandirse en ningún caso hasta modificar los principios supremos de la constitución existente.

La existencia de límites lógicos a la revisión puede ser también argumentada distinguiendo (como variante del argumento anterior) entre poder constituyente y poderes constituidos. El poder constituyente es un poder originario, mientras el po-

der de revisión es un poder constituido, derivado. Un poder constituido no puede sustituir en ningún caso a un poder constituyente. Un poder de revisión que se expandiese hasta instaurar una nueva constitución, se convertiría en un genuino poder constituyente. La revisión constitucional no puede expandirse tanto que llegue a sustituir la constitución existente, alterando sus características esenciales.

Se puede objetar a este punto de vista que el "espíritu de la constitución" (así llamado por el art. 112.1 de la constitución noruega de 1814, que lo declara intangible) es algo absolutamente evanescente. Una constitución, después de todo, no es otra cosa que un conjunto de normas. Que, de estas normas, algunas sean "caracterizantes" o tengan el valor de "principios supremos" es fruto de un opinable juicio de valor. Pero, si dejamos a un lado las valoraciones, todo conjunto se define (extensionalmente) por simple enumeración de los elementos que lo componen.

Hay tres tipos posibles de revisión constitucional: (a) la introducción de una nueva norma; (b) la supresión de una norma preexistente; (c) la sustitución de una norma preexistente (esto es, la supresión de una vieja norma combinada con la introducción de una nueva norma). Pero, en cualquier caso, toda revisión comporta la *modificación* del conjunto preexistente y la modificación de un conjunto da lugar a un conjunto *distinto*: distinto, ya que son distintos los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda revisión constitucional –aunque sea "marginal" desde un punto de vista axiológico– produce una *nueva* constitución. De forma que revisión constitucional e instauración constitucional son –desde un punto de vista *wertfrei*, valorativamente neutral– cosas, simplemente, indistinguibles. Desde este punto de vista, no hay límites lógicos a la revisión constitucional.

5) *¿Completud de la constitución?* Un quinto problema –que surge para cualquier constitución, aunque quizás es de algún interés sólo para las constituciones rígidas– es el de la "completud" o "incompletud" de la constitución. No se trata del clásico problema de la completud del derecho, ya sea referido a un conjunto circunscrito de normas (las normas constitucionales) o al ordenamiento jurídico en su conjunto.

No nos preguntamos si la constitución regula todo posible supuesto de hecho o califica deónticamente todo posible com-

portamiento, sino si la constitución contiene normas que vinculan, limitándolo, al contenido de cualquier ley futura. Si la constitución es, en este sentido, "completa", entonces para cualquier ley –sea cual sea el objeto regulado por ella– habrá un "parámetro" de legitimidad constitucional: esto es, cualquier ley podrá ser confrontada con una norma constitucional para valorar su conformidad a la constitución. Si, en cambio, la constitución es "incompleta", entonces habrá leyes que no podrán sensatamente ser confrontadas con ninguna norma constitucional para valorar su conformidad a la constitución.

Evidentemente, la completud de la constitución (así entendida) subsiste si, y sólo si, la constitución incluye al menos una norma –digamos– privada de objeto, o al menos privada de objeto específico, y, por tanto, referible, como parámetro de legitimidad, a cualquier ley futura, independientemente de la materia regulada.

Pues bien, según algunos, la completud de la constitución –o, más precisamente, de algunas constituciones– es sostenible a partir del principio de igualdad: especialmente si es entendido como una prohibición *general* de discriminación (dirigida al legislador) o incluso como un principio de "razonabilidad" de la legislación (según la praxis interpretativa de algunos tribunales constitucionales).

Nota

[1*] N. del T.: Se hace referencia al hecho de que la doctrina de la interpretación evolutiva fue elaborada durante el régimen constitucional establecido por el "Estatuto de Carlo Alberto", primera constitución italiana, vigente desde 1848 hasta 1947.

CUARTA PARTE

La estructura del ordenamiento

I

Acerca de las normas sobre la producción jurídica

1. Legislar como acto "institucional"

Se puede convenir, sin necesidad de argumentar en exceso, que "legislar"[1] es algo más que la mera "formulación de normas". Formular una norma es un acto "bruto", legislar –introducir las normas formuladas en el ordenamiento jurídico– es un acto "institucional" o, más bien, una secuencia de actos institucionales, gobernados por normas (jurídicas) constitutivas. No habría ninguna "legislación" si las normas formuladas (por ejemplo, en un proyecto o proposición de ley) no fuesen después "dictadas" de conformidad con algunas normas secundarias o de segundo grado. Estas últimas, según una forma de expresarse difundida en la doctrina italiana, son "normas sobre la producción jurídica": normas constitutivas que regulan la creación de "leyes".[2]

Las normas sobre la producción jurídica confieren al acto "bruto" de prescribir –realizado por ciertos sujetos determinados conforme a ciertos, y no menos determinados, procedimientos– la etiqueta "institucional" de legislación. Se trata de normas "constitutivas" en el sentido de que la noción de 'legislación' no puede ser definida sin mencionar en el *definiens* las normas en cuestión. Una definición de 'legislación' que no mencionase esas normas no sería apropiada: no capturaría el concepto de legislación.

El concepto de norma constitutiva aquí esbozado puede ser definido de forma muy simple como sigue: una norma es constitutiva –sea cual sea su contenido prescriptivo– siempre que deba ser mencionada en la definición de la actividad por ella regulada.[3] Desde este punto de vista, los conceptos de norma

"regulativa" y de norma "constitutiva" no parecen recíprocamente excluyentes: también una norma de conducta (un mandato, un permiso) puede ser una norma constitutiva.[4]

2. Normas sobre la producción jurídica: un concepto controvertido

En la literatura teórico-jurídica contemporánea, las normas sobre la producción jurídica son denominadas habitualmente "normas de competencia" o "normas que confieren poderes" y su estatuto lógico es fuertemente discutido.[5]

1) Según algunos, las normas que confieren poderes no son más que normas permisivas: por ejemplo, la norma que confiere al parlamento el poder de legislar no es nada más que el permiso para dictar leyes (dirigido, cabe entender, al parlamento). En virtud de esa norma, el acto de legislar (llevado a cabo por el parlamento) está deónticamente calificado como permitido.

2) Según otros, las normas que confieren poderes son mandatos (encubiertos o indirectamente formulados): por ejemplo, la norma que confiere al parlamento el poder de legislar no es más que el mandato dirigido a los ciudadanos imponiéndoles la obligación de obedecer las leyes dictadas por el parlamento.

3) Otros, sostienen que las normas que confieren poderes son definiciones: por ejemplo, la norma que confiere al parlamento poder de dictar leyes no es más que una definición (o, quizás, parte de la definición) de 'ley'; por definición, una 'ley' es un texto normativo dictado por el parlamento.

4) Otros, finalmente, sostienen que las normas que confieren poderes son normas que establecen condiciones: por ejemplo, la norma que confiere al parlamento poder de dictar leyes establece una condición necesaria de existencia o validez de las leyes.

Personalmente, no encuentro satisfactoria esta discusión (al menos) por cuatro razones.

Primera razón: falta de distinciones conceptuales. La clase de las normas secundarias sobre la producción jurídica está compuesta de distintas subclases que no conviene tratar unitariamente.

Segunda razón: la terminología es infeliz. La expresión 'normas que confieren poderes' es usada habitualmente para denotar toda la clase de las normas sobre la producción jurídica. Esta expresión, sin embargo, parece apropiada sólo en referencia a una de las subclases que componen el conjunto.

Tercera razón: falta de claridad al tratar el propio problema. Los autores que discuten de la "naturaleza" de las normas de competencia no parecen ser conscientes de la "naturaleza" del problema que discuten.

Cuarta razón: no estoy seguro de que las cuatro teorías mencionadas sean verdaderamente incompatibles entre sí. Se puede sostener, en cambio, que todas están fundadas y que, por tanto, pueden coexistir.

3. Variedad de normas sobre la producción jurídica

La clase de las normas sobre la producción jurídica incluye (al menos) cinco subclases:[6]

1) Normas que confieren poderes (en sentido estricto): me refiero a aquellas normas que adscriben un poder normativo a un determinado sujeto o, más precisamente, el poder de crear un determinado tipo de fuente del derecho –caracterizada por un determinado *nomen iuris* y por un régimen jurídico igualmente determinado– de forma que ningún otro sujeto está habilitado para crear aquel tipo de fuente.

2) Normas procedimentales: normas que regulan las modalidades de ejercicio del poder normativo conferido, es decir, los procedimientos para crear las fuentes del derecho en cuestión.

3) Normas que circunscriben el ámbito del poder conferido, determinan qué materias se pueden regular con el poder (o las fuentes del derecho) en cuestión.

4) Normas que reservan una determinada materia a cierta fuente, de modo que: *a*) ninguna otra fuente está habilitada para

regular esa materia; y *b*) la fuente a favor de la que se establece la reserva no está autorizada para delegar la regulación de la materia en cuestión a otras fuentes.

5) Normas relativas al propio contenido de la regulación futura: en particular, normas que ordenan o prohiben (a veces de forma indirecta) al legislador dictar leyes provistas de un determinado contenido. Por ejemplo: las normas constitucionales que prohiben al legislador el dictado de leyes penales retroactivas o de leyes discriminatorias (obsérvese que también se incluyen en esta clase las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los ciudadanos).[7]

En mi opinión, la expresión 'normas que confieren poderes' no es apropiada para designar las normas de las subclases (2) a (5). Esas normas no confieren poder sino que hacen otra cosa: *hacen referencia* al poder ya conferido por otras normas, imponiéndole límites. Así pues, presuponen las normas que confieren poderes en sentido estricto.

En todo caso, sea cual sea el estatuto lógico de las normas que confieren poderes (en sentido estricto), es muy dudoso que se pueda aplicar el mismo análisis lógico a todos los tipos de normas mencionados anteriormente. Por ejemplo:

a) Si se admite que las normas que confieren poderes son mandatos dirigidos *a los ciudadanos*, entonces las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien mandatos dirigidos al *propio órgano legislativo*.

b) Si se admite que las normas que confieren el poder legislativo son *permisos* dirigidos al parlamento, entonces las normas procedimentales relativas al ejercicio del poder legislativo parecen más bien *mandatos* dirigidos al parlamento.

c) Si bien es plausible reconstruir las normas que confieren poderes (y quizás también las normas procedimentales) como partes de la definición de la fuente a la que se refieran (por ejemplo, la "ley"), de forma que una pretendida "ley" dictada por un órgano distinto del parlamento no sería en absoluto una "ley" (ni siquiera existiría en cuanto "ley"), no puede decirse lo mismo respecto de las normas que determinan el contenido de la legislación futura, ya que una ley en conflicto con la constitución (bajo el aspecto sustancial) es comúnmen-

te considerada como una genuina "ley": existente, aunque inválida.

d) Se puede convenir que todas las normas mencionadas establezcan "condiciones" relativas a las fuentes a las que se refieren. Sin embargo, mientras que las normas de las subclases (1) y, quizás, (2) establecen condiciones de "existencia" jurídica de la fuente en cuestión, las normas de las subclases restantes –según el pensamiento jurídico común– no establecen condiciones de existencia sino de validez.

En este punto conviene introducir la distinción entre existencia y validez.

4. Existencia y validez de las normas jurídicas

Una norma jurídica empieza a existir –o lo que es lo mismo, una norma jurídica adquiere existencia jurídica– cuando es creada de conformidad con (al menos) *algunas* de las normas sobre la producción jurídica. Quiero subrayar que el dictado de conformidad con *algunas* de las normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente de la existencia jurídica de una norma: es condición suficiente para que esa norma entre a formar parte del ordenamiento jurídico (existencia jurídica significa precisamente pertenencia a un determinado ordenamiento).[8] La conformidad con *todas* las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de la validez, pero no de la existencia jurídica. Existencia y validez deben ser cuidadosamente distinguidas.[9]

Una norma es válida si es conforme con todas las normas secundarias que regulan su creación y predeterminan su contenido normativo. En muchos ordenamientos jurídicos, sin embargo, una norma es considerada "existente" –aunque (eventualmente) sea inválida– con la condición de que haya sido dictada por un órgano *prima facie* competente, que haya actuado de conformidad con algunas normas procedimentales (no necesariamente con todas). Por ejemplo, en muchos ordenamientos europeos gobernados por constituciones rígidas, una ley materialmente en conflicto con la constitución es considerada existente, aunque inválida, hasta que su ilegitimidad constitucional no haya sido "declarada" por el tribunal constitucional. En cambio, cualquier juez puede rechazar la aplicación de

una ley decididamente "inexistente" (un texto normativo que no puede ni siquiera ser reconocido como "ley"), sin que sea necesaria una declaración en ese sentido del tribunal constitucional.[10]

Es evidente –y es esta la razón fundamental para distinguir entre validez y existencia– que la mera existencia (jurídica) no está privada de efectos (jurídicos). Al contrario, en muchos ordenamientos europeos las leyes existentes (incluso siendo inválidas) deben ser aplicadas por los tribunales hasta que su invalidez no haya sido positivamente "declarada" por el tribunal constitucional.[11]

Por otra parte, no es fácil decir con precisión cuáles son las condiciones necesarias y suficientes de existencia de las distintas normas jurídicas (o, mejor, de las distintas fuentes del derecho).

En principio, la conformidad con las normas que confieren poderes parece ser una condición necesaria de existencia: en muchas culturas jurídicas, una "ley" que no haya sido dictada por el parlamento, sino por cualquier otro órgano, no sería ni siquiera considerada como existente en cuanto ley. (Y este es un argumento concluyente para decir que el dictado por parte del parlamento es una característica definitoria de la noción de ley. De esta forma, no queda duda de que la norma que confiere al parlamento el poder legislativo ofrece al menos una parte de la definición de 'ley').

Pero, en lo que afecta a las normas procedimentales, la existencia es un concepto vago, abierto. Según el pensamiento jurídico habitual, la conformidad con al menos *algunas* normas procedimentales es condición necesaria de existencia. Pero nadie puede decir exactamente *cuáles* y *cuántas* normas procedimentales deben ser observadas para dar lugar a una fuente "existente".

En cambio, en principio, la conformidad con las normas que afectan al ámbito de competencia de la ley y del contenido de la legislación futura es considerada condición necesaria de la validez, no de la existencia. Y es por esta razón que, en muchos ordenamientos europeos, esas normas no pueden ser usadas por los jueces comunes para abstenerse de aplicar o para anular una ley inválida y que el tribunal constitucional es el único juez competente para determinar la invalidez de las leyes "existentes".[12]

5. Invalidez formal y material

Los juristas suelen distinguir entre validez "formal" y validez "material".[13] La validez formal supone la observancia de las normas que confieren un poder normativo y de las normas que regulan el ejercicio de ese poder. La validez material supone la observancia de las normas que determinan el ámbito de competencia y el contenido de la regulación futura.

De un modo aproximado, la misma distinción puede también ser aplicada a la invalidez. Es inválida por razones "formales" una ley que no haya sido dictada por el órgano competente y según los procedimientos debidos. Es inválida por razones "materiales" (o "sustanciales") una ley que esté en conflicto con la constitución por su objeto (la materia regulada) o por su contenido (la forma cómo se regula esa materia).

Ahora bien, mientras que la invalidez material es una forma "débil" de invalidez, que no comporta además la inexistencia de la ley, la invalidez formal, de modo general, es una invalidez de tipo "fuerte" que, habitualmente, comporta nada menos que la inexistencia de la ley. En principio, la invalidez material puede ser reconocida únicamente por el tribunal constitucional (siempre que exista ese tribunal), mientras que la invalidez formal puede ser reconocida por cualquier juez.

Podría también decirse así: una ley materialmente inválida es *anulable* (por un tribunal constitucional), mientras que una ley formalmente inválida es decididamente *nula* (de forma que su nulidad puede ser reconocida por cualquier juez).

6. La interpretación y el análisis lógico de las normas

He mencionado anteriormente cuatro teorías acerca del estatuto lógico de las normas que confieren poderes y he señalado mis dudas acerca de que, después de todo, estas teorías sean incompatibles entre sí. Este punto requiere alguna explicación adicional.

Para someter las teorías en cuestión a un test de fundamentación se puede, muy simplemente, controlar el valor de verdad de las proposiciones implicadas. (Por comodidad, circunscribo mi discurso a las normas que confieren al parlamento el poder de legislar.)

a) Si la proposición según la cual el parlamento tiene permitido legislar (el status deóntico de la acción de legislar realizada por el parlamento es permitido) es verdadera, entonces la primera teoría está fundada. Pues bien, esa proposición es patentemente verdadera. Por tanto, la primera teoría está fundada.

b) Si la proposición según la cual los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las leyes es verdadera, entonces la segunda teoría esta fundada. No hay dudas de que es verdadera. Por tanto, también la segunda teoría está fundada.

c) Si la proposición según la cual ningún texto normativo que no haya sido dictado por el parlamento merece el nombre de 'ley' (un texto normativo así, por definición, no es una 'ley') es verdadera, entonces la tercera teoría está fundada. Efectivamente, esa proposición es verdadera. Por ello, también la tercera teoría está fundada.

d) Si la proposición según la cual el dictado por parte del parlamento es condición necesaria de la existencia de la ley es verdadera, entonces la cuarta teoría está fundada. Esta proposición es, obviamente, verdadera. Por tanto, también la cuarta teoría está fundada.

Así pues, las cuatro teorías mencionadas parecen fundadas. ¿Cómo es posible? ¿No son teorías incompatibles entre sí? Mi respuesta es que no.

El problema que estamos discutiendo es un problema de análisis lógico (o de análisis filosófico, si se prefiere). En este punto, la primera cuestión a destacar es la siguiente: ¿análisis lógico de qué? De las normas, obviamente. Desgraciadamente, sin embargo, el término 'norma' es notoriamente ambiguo. En un primer sentido, bastante habitual en el uso común de los juristas, 'norma' significa formulación normativa (enunciado normativo, disposición normativa): un enunciado del lenguaje de las fuentes *todavía sin interpretar* y considerado con independencia de su interpretación. En un segundo sentido, igualmente difundido en el lenguaje de los juristas, 'norma' significa una formulación normativa *interpretada*, el *contenido significativo* de una formulación normativa: lo que yo propongo denominar una norma en sentido estricto. Así pues, debemos preguntarnos: ¿las cuatro teorías en discusión tienen por objeto formulaciones normativas o normas en sentido estricto?

Pues bien, me parece obvio que esas teorías tienen por objeto formulaciones normativas, por la simple razón de que no hay ninguna forma de hablar acerca de una norma cualquiera sin hacer referencia a su (a una de sus) formulación (es). Por otro lado, el análisis lógico del lenguaje supone la interpretación de las entidades lingüísticas que se analizan. Quiero decir que las divergencias entre las cuatro teorías parecen surgir de distintas y conflictivas interpretaciones de los enunciados normativos analizados. En otras palabras, cada una de las cuatro teorías supone una interpretación distinta de ciertas disposiciones constitucionales (o legislativas). Aquello sobre lo que se discute es precisamente el significado a atribuir a esas disposiciones.

Esta conclusión puede parecer algo extraña, ya que los problemas de interpretación por excelencia afectan a la dimensión semántica de las formulaciones normativas (por ejemplo, la vaguedad y la ambigüedad semántica de las expresiones usadas), mientras que aquí, evidentemente, se está hablando de otra cosa. Es necesario decir, sin embargo, que los problemas de interpretación no están en absoluto confinados al dominio de la semántica. Pueden también surgir problemas interpretativos y divergencias interpretativas en relación con las dimensiones sintáctica y pragmática de las formulaciones normativas. En realidad, en la práctica es difícil trazar una clara línea de demarcación entre estas tres dimensiones.

Ahora, en el caso que nos interesa –la discusión acerca del estatus lógico de las normas que confieren poderes– el desacuerdo parece situarse principalmente en la dimensión pragmática (digamos, el "sentido", el "néustico", el "modo") de las formulaciones normativas. Por ejemplo, preguntarse si las normas que confieren poderes normativos son permisos o mandatos (encubiertos) no es distinto de preguntarse si la autoridad normativa que ha dictado esas normas ha realizado un acto lingüístico de mandato o un acto lingüístico de permisión.

Hasta aquí, sin embargo, mi tesis de que las cuatro reconstrucciones de las normas que confieren poderes pueden coexistir perfectamente, espera aún una explicación y una argumentación. Pues bien, es pacífico que todo enunciado formulado en un lenguaje natural cualquiera no expresa necesariamente un solo significado (una sola proposición, si es un enunciado descriptivo, o una sola norma, si es un enunciado prescriptivo), ya

que puede suceder perfectamente que exprese dos o más significados conjuntamente. Cualquier jurista experimentado sabe perfectamente que una única formulación normativa puede ser portadora de un significado complejo o compuesto, de forma que no exprese una única norma sino una pluralidad de normas independientes. Y, en mi opinión, es precisamente esto lo que sucede en el caso de las normas –o más bien, de los enunciados normativos– que confieren poderes.

Me parece obvio sin necesidad de argumentación que, cuando se discute de la naturaleza de las normas que confieren poderes, el objeto real del análisis no está constituido por nada más que una serie de disposiciones jurídicas positivas (constitucionales o legislativas), como por ejemplo el art. 70 de la constitución italiana («La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras»). No sé qué otro objeto de análisis se podría asumir: en efecto, me parece que las únicas "normas" jurídicas susceptibles de análisis son las normas realmente existentes en algún ordenamiento jurídico. No consigo imaginar una teoría de las normas que confieren poderes que no tome en consideración los ordenamientos jurídicos positivos.

Mi tesis es que cada una de estas disposiciones jurídicas positivas puede ser interpretada de forma que exprese más de una norma. Y la prueba irrefutable de esto es que, en al menos algunas culturas jurídicas, esas disposiciones son realmente interpretadas así.

Por ejemplo, está fuera de dudas para los juristas italianos que el art. 70 de la constitución significa que: (1) las Cámaras tienen título para legislar, en el sentido de que el acto de legislar está permitido a las Cámaras; (2) el acto de legislar está prohibido a cualquier otro órgano del estado; (3) ningún texto normativo que no haya sido aprobado por las Cámaras puede merecer el nombre de 'ley' (más correctamente: de 'ley del estado', desde el momento en que en el ordenamiento italiano están previstas también leyes regionales y provinciales); (4) la aprobación por parte de las Cámaras es condición necesaria no sólo de la validez sino también de existencia de las leyes.

(Los juristas, en realidad, no suelen extraer del art. 70 const. it. también la norma según la cual los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las leyes. Pero la razón de esto es que esa interpretación es absolutamente innecesaria desde el momento en que el art. 54.1, const. it., expresamente establece

que «Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes». De forma que el art. 70 sería completamente redundante si fuera entendido en el sentido mencionado.)

Pueden extraerse otros ejemplos de todas aquellas disposiciones constitucionales que "reservan" a la ley la regulación de una materia cualquiera: por ejemplo, el art. 25.2, const. it., que reserva a la ley la materia de los delitos y de las penas. Esa disposición es entendida habitualmente de forma que expresa al menos tres normas conjuntamente (un permiso y dos prohibiciones): (a) El Parlamento tiene permitido dictar normas penales; (b) está prohibido a cualquier otro órgano del estado dictar normas penales; y (c) el Parlamento tiene prohibido despojarse de su competencia delegándola a otros órganos.[14]

Notas

1. De aquí en adelante uso el término 'legislar' en el sentido amplio de crear normas jurídicas y el término 'ley' en el sentido igualmente amplio de fuente de normas jurídicas.
2. Cfr. T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922 (ahora también en T. Perassi, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958); G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1994, espec. cap. XII; R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. III.
3. Este concepto de regla constitutiva es algo distinto del estipulado por J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969; trad. cast., *Actos de habla*, a cargo de L.M. Valdés Villanueva, Madrid, 1990.
4. Por tanto, las reglas constitutivas (al contrario de lo que parece pensar E. Bulygin, "Sobre las normas de competencia", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 485 ss.) no pueden ser identificadas *sic et simpliciter* con definiciones, si bien toda definición legislativa, en un sentido, expresa una regla constitutiva.
5. Cfr., por ejemplo, E. Bulygin, "Sobre las normas de competencia", cit., cap XII; M. Atienza, J. Ruiz Manero, "Sulle regole che conferiscono poteri", en *Analisi e diritto*, 1994, 55-84; trad. cast., corregida, en id. *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1996, cap. II.
6. Vid. ulteriores detalles en R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. V. En sentido estricto, en realidad, se suelen llamar normas sobre la producción jurídica sólo aquellas que establecen qué órganos son competentes para crear normas (por ejemplo, art. 70 const. it.) y con qué procedimientos deben ejercitar esa competencia (por ejemplo, art. 72 const. it.). En sentido amplio, sin embargo, también son normas sobre la producción jurídica aquellas que predeterminan el contenido de las normas futuras (por ejemplo, arts. 3.1 y 25.2, const. it.).

7. Se entiende habitualmente que toda disposición constitucional que confiera un derecho de libertad expresa al menos dos normas: un permiso dirigido a los ciudadanos y una prohibición dirigida al legislador.
8. Sosteniendo esto, me aparto del punto de vista corriente que identifica "pertenencia" y "validez". Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge*, cit., espec. 130 ss.
9. Cfr. G. Zagrebelsky, "Processo costituzionale", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1989, espec. 565 ss.; F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993; R. Guastini, "Invalidity", en *Ratio Juris*, 7, 1994, 212-226; Id., "Invalidità (atti normativi)", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, Milano, 1994, 235-245.
10. Además, en un ordenamiento con constitución flexible, en el que no existe en absoluto un control jurisdiccional sobre la legitimidad de las leyes, es posible que los jueces, a pesar de que no estén autorizados a anular las leyes inconstitucionales, estén sin embargo autorizados a rechazar la aplicación de leyes "inexistentes". De este modo, si bien es cierto que los jueces tienen la obligación de aplicar las leyes, también lo es que incluso en un régimen de constitución flexible ningún juez puede tener la obligación de aplicar un texto normativo sólo porque éste pretende ser una "ley", incluso si no puede ni siquiera ser identificado como "ley".
11. La ley declarada inválida es, por ello, "anulada", esto es, pierde su "pertenencia" al ordenamiento.
    En régimen de constitución flexible, aunque las leyes "inexistentes" pueden ser inaplicadas por los tribunales, no hay remedios contra las leyes "existentes" (aunque sean inválidas).
12. En régimen de constitución flexible, donde no hay ningún juez constitucional, las normas constitucionales relativas al ámbito de competencia de la ley y al contenido de las leyes futuras no pueden hacerse valer de ninguna forma: al menos así piensan los juristas.
13. Cfr. R. Guastini, "Rules, Validity, and Statutory Construction", en A. Pizzorusso (ed.): *Italian Studies in Law*, vol. I, Dordrecht, 1992, 11-28. Esta distinción, por otra parte, no es exhaustiva: cfr. R. Guastini, "L'illegitimità delle disposizioni e delle norme", en *Analisi e diritto*, 1992, 175-201 (espec. 186).
14. Por comodidad de exposición, en el texto hago abstracción del hecho de que en el ordenamiento italiano, según la jurisprudencia y la doctrina, también ciertos actos normativos del ejecutivo provistos de "fuerza de ley" pueden regular las materias reservadas a la ley.

II

La invalidez

1. Terminología

1) *Normas sobre la producción jurídica.* El derecho moderno –a diferencia de otros sistemas normativos (más simples)– regula también, entre otras cosas, su propia creación y aplicación.[1] Esto significa que el derecho, junto a las normas (llamadas "primarias") que regulan la conducta de los ciudadanos, incluye también una larga serie de normas (llamadas "secundarias") que regulan la creación y la aplicación del propio derecho por parte de los órganos del estado.[2]

Pues bien, se llaman 'normas sobre la producción jurídica' precisamente las normas que regulan la creación de (otras) normas.[3]

En sentido estricto, son normas sobre la producción jurídica sólo aquellas que establecen qué órgano es competente para crear normas (por ejemplo, art. 70 const. it.) y con qué procedimiento debe ejercer tal competencia (por ejemplo, art. 72 const. it.). En sentido amplio, sin embargo, se incluyen también entre las normas sobre la producción jurídica aquellas que predeterminan el contenido de las normas futuras (por ejemplo, arts. 3.1, y 25.2, const. it.).[4]

2) *Validez.* 'Validez' es un predicado que se refiere a normas, a fuentes de normas (o documentos normativos: por ejemplo, leyes y reglamentos), a disposiciones normativas, a actos aplicadores de normas (por ejemplo, actos administrativos y sentencias judiciales), a actos de autonomía privada (por ejemplo, contratos, donaciones, testamentos), a cláusulas contractuales o testamentarias, etcétera.[5] En lo que sigue, el discurso será circunscrito por simplicidad a las normas, a las disposiciones y a las fuentes, prestando particular atención a las de rango legislativo.

Así, es válida toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada de conformidad con *todas* las normas que disciplinan su creación.[6]

'Validez' es entonces un concepto relacional. Esto, todavía, no designa la relación de 'pertenencia' entre una norma y un ordenamiento, como por regla general se mantiene en teoría del derecho[7]. 'Validez' designa, más bien, la relación de conformidad entre una norma, una disposición o una fuente, y las normas que regulan su producción.

3) *Legitimidad constitucional.* La legitimidad constitucional es, por así decirlo, un caso particular de validez. Se dice que una norma, disposición o fuente es 'constitucionalmente legítima' si es conforme a las normas *constitucionales.*

4) *Existencia.* Contrariamente a la opinión extendida entre los teóricos del derecho, distingo cuidadosamente la validez de la 'existencia' (de una norma, de una disposición o de una fuente)[8]. Es condición necesaria para que una norma sea válida que sea conforme a *todas* las normas que regulan su creación. Para que una norma exista en el ordenamiento, en cambio, no es preciso tanto: es suficiente que sea creada por una autoridad normativa *prima facie* competente para crear ese tipo de normas.[9]

En otros términos, se dice que una norma, disposición o fuente es 'existente' cuando ha sido creada de conformidad (no a todas, sino incluso sólo) a *algunas* de las normas que regulan su creación[10].

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, las disposiciones de un proyecto de ley aprobado por una sola Cámara no existen todavía como normas "de ley". Esto depende, muy banalmente, del hecho que un proyecto de ley que no ha sido todavía aprobado por las dos Cámaras no se corresponde a la noción de "ley" implícita en la constitución (en virtud del artículo 70, por "ley" debe entenderse un documento normativo aprobado por las dos Cámaras). En cambio, una disposición legislativa, que haya sido aprobada por las Cámaras y promulgada por el Presidente de la República, ha adquirido ya existencia en el ordenamiento. Adviértase bien, no se trata de que esa disposición, sólo porque existe, sea también válida: podría, por ejemplo, ser contradictoria con una norma constitucional (y, en consecuen-

cia, ser inválida). Sin embargo, *aunque sea contraria a la constitución*, la norma es considerada existente, y conserva su existencia hasta que su invalidez no sea reconocida y declarada por el Tribunal constitucional.

También 'existencia', como 'validez', es un concepto relacional. Designa (esencialmente) la relación de pertenencia de una norma a un ordenamiento: es 'existente' (en un ordenamiento dado) toda norma (incluso inválida) que pertenezca al mismo.

Por otra parte, como veremos, el concepto de existencia es extremadamente vago: en el sentido que no es posible decir con precisión a *cuáles* y a *cuántas* normas sobre la producción jurídica una norma debe ser conforme para adquirir existencia en el ordenamiento.[11]

5) *Eficacia*. En el lenguaje doctrinal, el vocablo 'eficacia' –predicado de normas o de actos jurídicos– significa *capacidad de producir efectos jurídicos*, como por ejemplo: la subsunción de un caso bajo una norma general, la adquisición o la pérdida de un derecho, la imposición de una sanción, etcétera.[12] Por ejemplo, se habla de "eficacia retroactiva" de una norma para referirse a la producción de efectos con relación a casos producidos anteriormente a su entrada en vigor; se dice que la publicación es condición de "eficacia" de la ley para significar que la ley no puede producir efectos antes de su publicación; se dice que la "eficacia" de la ley es distinta de la de las sentencias o de la de los contratos, ya que la ley es productora de efectos *erga omnes*, mientras que los contratos y, generalmente, las sentencias son idóneos sólo para producir efectos *inter partes*.[13]

A grandes rasgos, se llama "eficaz" a una norma que puede o debe ser aplicada; "ineficaz" a una norma que no puede o no debe ser aplicada (por ejemplo, por haber sido ya derogada o anulada por inconstitucionalidad).

Ahora bien, es importante subrayar que, en el ordenamiento italiano vigente, la eficacia de una norma –así entendida– es parcialmente independiente de su validez. Una norma, cuya invalidez haya sido declarada por el órgano competente, es obviamente ineficaz. Generalmente, sin embargo, no ya la validez sino la *simple existencia es condición suficiente de eficacia*. En otros términos, para que una norma produzca efectos jurídicos no es necesario que sea plenamente válida (o legítima):

es suficiente que "exista", esto es, como ya se ha dicho, que haya sido efectivamente creada de conformidad incluso sólo con *algunas* de las normas que regulan su creación.[14]

6) *Vicio*. Se llama 'viciada' toda norma, disposición o fuente que no sea enteramente conforme a las normas que regulan su creación.

Por una parte, un "vicio" es el efecto de la violación de una norma sobre la producción jurídica. Por otra, un "vicio" es la causa (o la razón) de la invalidez de la norma viciada.

7) *Invalidez*. Se llama "inválida" toda norma, disposición o fuente que esté afectada por uno o más vicios, es decir, que haya sido producida violando una o más normas sobre la producción jurídica.

Conviene subrayar que la violación *aún de una sola* norma sobre la producción jurídica es condición suficiente de invalidez.

8) *Inexistencia*. Así como la validez se distingue cuidadosamente de la existencia, también la invalidez se distingue de la inexistencia. Una norma inválida puede, a pesar de su invalidez, pertenecer al ordenamiento (y seguir perteneciendo hasta que no sea expulsada por el órgano competente). Una norma "inexistente", en cambio, es una norma que no pertenece en absoluto al ordenamiento.

Puede decirse lo siguiente:

a) una norma inválida es *anulable*, es decir, susceptible de anulación por parte del órgano competente; en cambio,

b) una norma inexistente es, sin más, *nula*, sin que sea necesario un acto expreso de anulación por parte de un órgano autorizado para ello.[15]

Una norma, disposición o fuente es 'inexistente' si no responde ni siquiera a los requisitos mínimos para ser reconocida como norma, disposición o fuente perteneciente al ordenamiento.[16] De todas maneras, el concepto de inexistencia no resulta fácil de precisar.

Se considera inexistente, sin duda, cualquier norma que haya sido creada en violación de *todas* las normas que rigen su creación. Pero, para que una norma sea inexistente (no alcance ni el umbral de la existencia jurídica), no es necesario que sean

violadas precisamente todas las normas sobre la producción jurídica: es suficiente que sean violadas algunas normas *cruciales*. Este punto será desarrollado enseguida.[17]

En lo concerniente, en particular, a las leyes –y, según la doctrina dominante, también a los actos del Gobierno con fuerza de ley– en el ordenamiento italiano la distinción entre invalidez e inexistencia es de gran relevancia práctica. Ello es debido a que la invalidez de las leyes sólo puede ser declarada por el Tribunal constitucional, mientras que su inexistencia puede ser reconocida por cualquier juez común.[18] Dicho de otro modo, la *nulidad* de las leyes puede ser reconocida por cualquier juez, la *anulación* de las leyes puede ser producida únicamente mediante un pronunciamiento del Tribunal constitucional.

Queda claro, por otra parte, que no se puede trazar una neta línea de demarcación entre invalidez e inexistencia: los dos conceptos, para así decirlo, se difuminan el uno en el otro. Esto es debido al hecho, ya señalado, de que no es posible establecer con precisión a cuáles y a cuántas normas sobre la producción jurídica una norma debe ser conforme para superar el umbral de la inexistencia sin alcanzar la plena validez.

9) *Inconstitucionalidad.* La inconstitucionalidad es un caso particular de invalidez: es la invalidez que deriva de la no-conformidad de una norma con la constitución.

Obviamente, la inconstitucionalidad puede recaer sobre cualquier tipo de norma: tanto normas de rango legislativo (leyes y actos equiparados a las leyes), como normas de rango reglamentario (reglamentos gubernativos y de la administración pública). Sin embargo, la inconstitucionalidad por excelencia es la invalidez propia de las leyes (y en general de los actos subordinados sólo a la constitución, y no a las leyes).

Esto es debido a dos razones principales: (a) En primer lugar, las normas sobre la creación de las leyes están precisamente establecidas en la propia constitución, mientras que las normas sobre la creación de reglamentos se establecen esencialmente mediante leyes. (b) En segundo lugar, generalmente, en virtud del principio de legalidad, todo reglamento del ejecutivo debe ser, al mismo tiempo, autorizado por una ley y conforme a la ley autorizante. En consecuencia, el hecho de que un reglamento sea conforme a la ley autorizante pero esté, sin embargo, en conflicto con la constitución, es un fuerte indicio

de la inconstitucionalidad de aquella ley de la que el reglamento obtiene su fundamento.[19]

Es preciso decir, por otra parte, que, según la opinión dominante, la inconstitucionalidad de las leyes presupone una constitución rígida, ya que –se sostiene– las normas contenidas en las constituciones flexibles *no* son vinculantes para el legislador.[20]

2. Cinco tipos de normas sobre la producción jurídica

La clase de las normas sobre la producción jurídica, entendida *lato sensu*, incluye (al menos) cinco subclases:[21]

1) normas que confieren una competencia normativa;

2) normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa;

3) normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa;

4) normas que reservan una competencia normativa;

5) normas que limitan el posible contenido normativo de una competencia.

2.1. Normas que confieren una competencia normativa

En general, las normas que confieren competencias normativas –"normas de competencia" en sentido estricto– son todas aquellas que atribuyen a un determinado sujeto (un órgano del estado) un poder normativo, o sea, el poder de crear normas jurídicas. En virtud de esas normas, el sujeto en cuestión está autorizado para dictar normas jurídicas de un cierto tipo.

Un ejemplo paradigmático de norma de competencia lo podemos encontrar en el artículo 70 const. it., que confiere a las Cámaras el poder legislativo estatal. Otros ejemplos son: el artículo 138 const. it, que confiere a las Cámaras también el poder de revisión constitucional; el artículo 121.2, const. it., que concede a los Consejos regionales el poder legislativo regional; el artículo 64.1, const. it., que confiere a cada Cámara el poder reglamentario interno; etcétera.

En la literatura teórico-jurídica, las normas de competencia son comúnmente definidas como normas que atribuyen un "po-

der normativo", sin ulteriores especificaciones. En cambio, conviene subrayar que, en la práctica, no se dictan normas que confieran un poder normativo *genérico* (el poder de crear normas jurídicas sin calificaciones).

De hecho, cada norma de competencia realmente existente atribuye a un sujeto dado el poder de crear no ya "normas jurídicas" (sin mayores especificaciones), sino más bien *una específica fuente de derecho*, es decir, un documento normativo provisto de un "nombre propio" (un *nomen iuris*, como por ejemplo, "leyes ordinarias estatales", "leyes constitucionales", "leyes regionales", "reglamentos parlamentarios", etcétera) y de un régimen jurídico correspondiente.[22]

En los ordenamientos jurídicos modernos, en efecto, cada norma jurídica se distingue por la fuente de la que emana. Y cada fuente se distingue, a su vez, por su nombre y por el régimen jurídico que a tal nombre corresponde. El régimen jurídico de cada fuente viene determinado por el conjunto de las normas que, para todas las fuentes que tengan cierto nombre, establecen la fuerza,[23] el campo de aplicación, etcétera.

Las normas que confieren poderes normativos son comúnmente entendidas en el sentido que la competencia para crear una fuente de este tipo no puede ser ejercida por ningún otro sujeto. Por lo tanto, la norma que atribuye al Parlamento (al conjunto de las dos Cámaras) la función "legislativa" (o, si se quiere decir así, el "poder legislativo") implica, entre otras cosas, que ningún texto normativo que no haya sido aprobado por el Parlamento puede merecer el nombre de "ley" (estatal). Ello tiene consecuencias tan obvias como relevantes: por ejemplo, la ley tiene una "fuerza" superior a la de los reglamentos; los jueces tienen la obligación incondicional de aplicar las leyes (art. 101.2, const. it.), pero pueden rechazar la aplicación de los reglamentos contrarios a las leyes; etcétera.

Debe apreciarse que las normas de competencia presentan, por así decirlo, dos caras. Eso ha dado lugar, en la literatura teórico-jurídica, a tesis divergentes acerca de su estatuto lógico.[24]

a) Por un lado, las normas de competencia se presentan como normas de conducta comunes y, en particular, como *normas permisivas*. Por ejemplo, la norma que confiere al Parlamento el poder de hacer leyes no es otra cosa que el permiso para legislar, dirigido precisamente al Parlamento.

b) Por otro lado, las normas de competencia se presentan como definiciones (apenas encubiertas) del tipo de fuente a la cual se refieren. Por ejemplo, la norma que confiere al Parlamento el poder de dictar leyes no es más que una definición (o una parte de la definición) del término 'ley (estatal)'.

Este doble aspecto de las normas de competencia es fácil de explicar. Como ya se ha indicado, cuando hablamos de "normas de competencia", de hecho, tenemos en mente ciertas *disposiciones* constitucionales: esto es, tenemos en mente no propiamente normas, sino más bien enunciados lingüísticos susceptibles de múltiples interpretaciones. Es un hecho que las disposiciones constitucionales en cuestión pueden ser interpretadas como permisos o como definiciones. Por otra parte, puede suceder –en realidad, sucede continuamente– que una única disposición no exprese una única norma, sino una multiplicidad de normas conjuntas. Y es precisamente eso lo que sucede en este caso. En otras palabras, se puede decir que las disposiciones constitucionales que confieren competencia normativa expresan conjuntamente un permiso y una definición.

Es más, quizás se debería añadir que las disposiciones en cuestión, así como son comúnmente entendidas, expresan también una prohibición. Ello es así, porque, normalmente, conferir una competencia normativa a un determinado sujeto significa también, entre otras cosas, prohibir a cualquier otro el ejercicio de esa competencia. Así, por ejemplo, atribuyendo al Parlamento el poder de dictar leyes (estatales) la constitución prohibe a cualquier otro sujeto dictar leyes (estatales).

2.2. Normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa

Aunque en teoría del derecho se tienda a no distinguir, las normas de competencia (en sentido estricto) deben ser distinguidas de las normas que *regulan el ejercicio* de una determinada competencia normativa, prescribiendo *procedimientos* para la creación de un cierto tipo de fuente, de modo que aquella competencia no puede ser ejercida (aquel tipo de fuente no puede ser creado) si no es a través de ese procedimiento.

Un buen ejemplo es el artículo 72, const. it., que regula algunos aspectos del procedimiento de emisión de las leyes estatales (en especial, de la ley ordinaria).

También las normas que regulan el procedimiento de creación de otras normas presentan un doble aspecto.

a) Por un lado, se presentan como normas de conducta comunes –en particular: como mandatos– aunque dirigidas a las autoridades normativas y referidas a aquel particular tipo de conducta que consiste en crear normas jurídicas. Por ejemplo, las Cámaras, en la aprobación de las leyes, tienen la obligación de seguir el procedimiento establecido en el artículo 72 const. it.

b) Por otro lado, también éstas parecen ofrecer una definición (o más bien un fragmento de la definición) del tipo de fuente a la que se refieren, en el sentido de que una ley, en cuyo procedimiento de formación fueran violadas las normas del artículo 72 const. it., *quizás* no podría ni tan sólo llamarse "ley": no podría ser reconocida como "ley".

También en este caso, es preciso subrayar que las "normas de procedimiento", de las que estamos hablando, son en realidad (no propiamente normas sino más bien) *disposiciones* constitucionales, susceptibles de múltiples interpretaciones y portadoras de un significado complejo. Así, se puede sostener que cada una de las disposiciones en cuestión puede ser interpretada como expresión no de una sino (al menos) de dos normas distintas: una norma de conducta y una definición.

Es más, en algunos casos, ésta parece ser la interpretación obligada. Esto sucede especialmente cuando un mismo órgano del estado es competente para producir dos (o más) tipos de fuentes, provistas de una "fuerza" distinta. De este modo, las dos fuentes se diferencian entre sí no por el órgano del que emanan sino *únicamente* por sus diversos procedimientos de emanación. Esto es lo que sucede en el ordenamiento italiano con la ley ordinaria (estatal) y la ley constitucional. Una "ley constitucional" es, por definición, un texto normativo no sólo aprobado por las Cámaras (eso de por sí no la distinguiría de la ley ordinaria), sino también un texto aprobado según el procedimiento establecido por el artículo 138. Así, una pretendida "ley constitucional" aprobada en violación del artículo 138 no podría ser considerada una verdadera ley constitucional.[25]

2.3. Normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa

Junto a las normas que confieren competencia y a las normas que establecen el procedimiento para producir otras normas, están las normas que atañen al ámbito "material" de competencia de las diversas fuentes, esto es, al conjunto de relaciones o supuestos de hecho sobre los que cada fuente está autorizada a dictar normas (una "materia" es precisamente un conjunto de relaciones o supuestos de hecho que pueden constituir el objeto de una disciplina jurídica).

Se alude aquí, en particular, a las normas que limitan o delimitan el *objeto* sobre el que una determinada competencia normativa puede ejercerse, *circunscribiendo* así la competencia en cuestión a determinadas materias. Ello tiene la consecuencia de que aquella competencia normativa no puede ser ejercida fuera de las materias indicadas.

Son ejemplos típicos de este tipo de normas las que enumeran exhaustivamente las materias que una determinada fuente está autorizada a regular (de modo que esa fuente no puede regular otras materias), como el artículo 117, const. it., que enumera las materias sobre las cuales las regiones (con autonomía ordinaria) pueden dictar normas con rango de ley. Las normas de este tipo tienen, obviamente, el efecto de circunscribir el radio de acción de la fuente a la que se refieren (en el ejemplo: la ley regional).

2.4. Normas que reservan una competencia normativa

Las normas que estamos examinando, por otra parte, no son sólo aquellas que conciernen al ámbito material de competencia de las diversas fuentes. A su lado, están las normas que *reservan* una determinada materia a una fuente dada, de modo que ninguna otra fuente está autorizada a regular aquella materia. Por ejemplo: el artículo 13.2, const. it. (reserva de ley estatal ordinaria), el art. 71.1, const. it. (reserva de ley constitucional), etcétera.

Si las normas del tipo precedente producen el efecto de circunscribir el radio de acción de la fuente a la que se refieren,

las normas "de reserva" tienen más bien el efecto de circunscribir el radio de acción, no ya de la fuente a la que se refieren, sino de todas las restantes. Así, por ejemplo, reservar una determinada materia a la fuente "ley constitucional" significa limitar el ámbito de competencia de toda otra fuente, ya que –en virtud precisamente de la reserva– ninguna fuente distinta de la ley constitucional puede regular la materia en cuestión.

En realidad, las normas de reserva tienen un contenido algo complejo. En este punto, es preciso adelantar que las "normas" de las que estamos hablando son, en realidad, (no propiamente normas sino más bien) *disposiciones* constitucionales, susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones y portadoras de un significado normativo complejo. Así, tales disposiciones constitucionales, en realidad, expresan simultáneamente una pluralidad de normas.

Tomemos el caso de una reserva de ley (por ejemplo, el artículo 13.1, const. it., allí donde dice "sólo en los casos y modos previstos por la ley"). Pues bien, toda disposición constitucional que reserva a la ley una determinada materia no hace una sino al menos tres cosas distintas:

a) *permite* a la ley regular aquella materia;

b) *prohibe* a toda otra fuente regular aquella misma materia; y finalmente, por consecuencia,

c) *prohibe* a la ley misma delegar en otras fuentes la regulación de la materia en cuestión.

Una misma disposición parece expresar, pues, un permiso y dos prohibiciones. Ahora bien, una norma permisiva no es susceptible de violación: un permiso puede ser usado (o no usado), pero no puede ser "violado". Las prohibiciones, en cambio, pueden ser violadas. Hay, por lo tanto, dos posibles modos de violar una de las disposiciones en examen.

Tomemos una vez más el caso de la reserva de ley. Una reserva de ley puede ser violada: por una fuente distinta de la ley (típicamente: un reglamento del ejecutivo) que pretenda regular la materia reservada a la ley, y por ello sustraída a su ámbito material de competencia; o por la propia ley, en caso de que pretenda delegar la materia a ella reservada a otra fuente distinta (o de cualquier modo pretenda despojarse de la competencia a ella reservada en favor de una fuente distinta, haciéndole un reenvío).

2.5. Normas que limitan el posible contenido normativo de una competencia

La clase de las normas sobre la producción jurídica (entendida ampliamente) incluye, finalmente, las normas –por así decirlo "sustanciales"– que limitan el posible *contenido* normativo de la competencia conferida (por otras normas), *vetándole* la emisión de normas que tengan un cierto contenido, o también, más raramente, *imponiéndole* la producción de normas dotadas de un contenido concreto y no de otro.[26]

Pertenecen a este género de normas, en particular:

1) las *obligaciones* dirigidas por la constitución al legislador: por ejemplo, las numerosas normas "programáticas", que obligan (o más bien, recomiendan) al legislador a perseguir un cierto programa de reforma económica o social (arts. 3.2, 30.2, 31.1 y 2, etcétera);[27]

2) las *prohibiciones* dirigidas por la constitución al legislador: por ejemplo, la prohibición de dictar leyes que discriminen entre los ciudadanos por razón de sexo, raza, etcétera (art. 3.1); la prohibición de dictar leyes penales retroactivas (art. 25.2); etcétera.

En principio, las prohibiciones dirigidas al legislador no deben ser confundidas con las normas (permisivas) que confieren derechos –en particular, derechos de libertad– a los ciudadanos. Aquéllas son prohibiciones, cuyo destinatario es el legislador, éstos son permisos, cuyos destinatarios son los ciudadanos.

Sin embargo, en la práctica, a pesar de la distinción referida, las dos categorías se superponen. Ello en el sentido de que las disposiciones constitucionales que atribuyen derechos a los ciudadanos, según el modo en que se las entiende corrientemente, expresan al mismo tiempo,

a) una norma de conducta, y más concretamente un permiso para actuar, dirigido precisamente a los ciudadanos; y

b) una norma sobre la producción jurídica, y más precisamente una prohibición, dirigida al legislador: la prohibición de dictar leyes lesivas de aquel derecho.

De hecho, la mayor parte de las prohibiciones constitucionales dirigidas al legislador son parafraseadas precisamente como normas que confieren derechos a los ciudadanos.

Una norma constitucional atributiva de un derecho presenta, a grandes rasgos, esta estructura: "Está permitido hacer *x*".

Consecuentemente, el legislador violaría la constitución siempre que pretendiese dictar la norma –contradictoria con aquella– "Está prohibido hacer *x*". Esto significa que, normalmente, la violación de una prohibición constitucional dirigida al legislador consiste en un conflicto (una contradicción, una antinomia) entre una norma con rango de ley y una norma constitucional.

Se trata, evidentemente, de un conflicto entre normas con rangos diversos en la jerarquía de las fuentes: un conflicto, pues, que se resuelve según el principio "lex superior derogat legi inferiori".

3. Cinco tipos de vicios de la ley

Hemos visto que en la constitución se pueden encontrar no menos de cinco tipos distintos de normas sobre la producción jurídica y, en particular, sobre la legislación. Pues bien, a cada tipo de norma sobre la legislación corresponde un posible vicio de la ley, esto es, una posible causa o razón de invalidez (en particular: de inconstitucionalidad) de la misma.

Así pues, hay cinco razones distintas por las cuales una ley puede ser constitucionalmente ilegítima.[28]

3.1. Incompetencia formal (o absoluta o subjetiva)

La violación de una norma que confiere una competencia normativa da lugar a un vicio extremo, que podemos convenir en llamar "incompetencia formal" (o "absoluta", o "subjetiva"): un defecto de tal radicalidad que hace que una fuente creada por un sujeto privado de cualquier competencia normativa para producir *ese tipo* específico de fuente se considere no solo inválida (ilegítima), sino incluso "inexistente".

Por ejemplo, una pretendida "ley" (estatal) que *no* haya sido aprobada por las Cámaras no existe en absoluto en cuanto ley, en el sentido que no puede ni siquiera ser reconocida como "ley". En virtud de la norma que confiere a las Cámaras la función legislativa (art. 70, const. it.), se excluye, simplemente, que un documento normativo aprobado por cualquier otro órgano, distinto del Parlamento, pueda asumir el nombre de "ley". En este sentido, una "ley" no aprobada por las Cámaras –pero aprobada, pon-

gamos por ejemplo, por un Ayuntamiento– es simplemente inexistente. Con ello no se quiere decir que un documento normativo tal "no existe" (ya que, evidentemente, "existe", al menos en el sentido de haber sido formulado efectivamente por alguien) sino que, más simplemente, quiere decirse que ese documento normativo no es en absoluto una ley; que, en suma, no merece el nombre de "ley".

Un discurso análogo podría hacerse para un decreto presidencial que fuera presentado como "decreto legislativo delegado" sin estar fundado en ninguna ley de delegación. Esto es así porque en virtud de los artículos 77.1 y 76, const. it., un decreto legislativo delegado es, por definición, un decreto (presidencial) fundado sobre una previa delegación parlamentaria.

Eso depende del hecho que, como ya se ha mencionado, las disposiciones que confieren competencia normativa expresan conjuntamente una pluralidad de normas: no sólo un *permiso* –por ejemplo, el permiso de legislar dirigido al Parlamento– sino también una prohibición –por ejemplo, la prohibición de legislar dirigida a todo órgano del Estado que no sea el Parlamento– y una (parte de la) definición misma de la fuente a la que se refieren: de modo que, por ejemplo, por 'ley' debe entenderse un texto normativo aprobado por el Parlamento.

Ahora bien, naturalmente es difícil que un vicio de incompetencia formal se presente en la práctica: al menos, por lo que respecta a las leyes (en particular, las leyes estatales). No obstante, la incompetencia formal merece un análisis cuidadoso por su relevancia teórica.

3.1.1. El juez "común" frente a la ley inexistente

Se suele denominar 'juez común' a todo órgano jurisdiccional distinto del Tribunal constitucional. Ahora bien, en el ordenamiento italiano (al igual que en otros ordenamientos), los jueces comunes están incondicionalmente obligados a aplicar las leyes y (según la opinión dominante) también los actos normativos del ejecutivo "equiparados" a las leyes (decretos-leyes y decretos legislativos delegados). Ello es debido a que los jueces comunes no están autorizados a controlar la conformidad de las leyes (y de los actos equiparados) a la constitución (art. 134, const. it.; art. 1, ley constitucional 1/1948).

Si un juez común cree que una ley es inconstitucional, no puede simplemente omitir o rechazar su aplicación, y aún menos puede declarar su inconstitucionalidad: debe suspender el juicio y elevar la cuestión al Tribunal constitucional, único órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (y de los actos con fuerza de ley) con eficacia general, *erga omnes.*[29]

Los jueces comunes, sin embargo, si bien están sujetos a las leyes (art. 101.2, const. it.), no están en absoluto sujetos a "apariencias" de leyes, a leyes inexistentes: en suma, a textos normativos que no responden ni siquiera a la noción constitucional de 'ley'. Esto significa que un vicio de incompetencia formal de una ley (y de un acto "equiparado") –en el caso improbable de que se presentase– podría ser reconocido no sólo por el Tribunal constitucional, sino también por *cualquier juez*, aunque con efectos circunscritos al caso concreto que el juez está decidiendo.

3.2. Violaciones de normas procedimentales

La inobservancia de una norma que regula el ejercicio de una competencia normativa da lugar a un tipo de vicio que se suele llamar "vicio de forma". En éste, como en otros contextos, el vocablo 'forma' condensa en sí mismo un doble significado: por un lado, significa procedimiento; por otro, denota todo aquello que resta si se hace abstracción del contenido.

Se dice, pues, que una ley está afectada por un vicio de forma cuando su inconstitucionalidad depende no ya de su contenido prescriptivo (es más, es totalmente independiente de éste), sino del hecho que ésta no ha sido producida según el procedimiento previsto por las normas constitucionales que regulan la creación de la ley.

Por ejemplo, está formalmente viciada (de modo absolutamente independiente de su objeto y de su contenido normativo) una ley que haya sido aprobada mediante procedimientos distintos de aquellos prescritos por las numerosas normas expresadas por el art. 72, const. it.

Por otra parte, puede ser dudoso si, en concreto, una determinada norma afectada de un cierto vicio de forma debe considerarse (existente, pero) *inválida*, o, en cambio, también

inexistente. Esto depende del hecho que no parece posible trazar una línea precisa de separación entre la invalidez –en particular: la invalidez por vicios de forma– y la inexistencia.[30]

Esta línea de separación es incierta, a su vez, porque no está claro si las normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa deben considerarse normas de conducta comunes (obligaciones dirigidas a los órganos investidos de poder normativo), o en cambio definiciones de la fuente a la que se refieren. Unas veces los juristas las tratan como normas de conducta, otras como definiciones. En consecuencia, una fuente afectada por un vicio de forma es considerada, unas veces, existente (si bien inválida), otras, claramente inexistente. En particular, una ley formalmente viciada es considerada frecuentemente no sólo inválida sino también, sin duda, inexistente cuando se discute de la inconstitucionalidad de las leyes en un régimen de constitución flexible.[31]

Se sostiene en efecto que, también en regímenes de constitución flexible, una ley puede estar afectada por un vicio de forma, y que tal vicio puede ser reconocido por el juez común, con la consecuente inaplicación de la ley viciada.[32] Esto es como decir que, en estas circunstancias, una "ley" viciada desde el punto de vista formal, después de todo, no es ni siquiera una "ley": no puede ser reconocida como "ley", y no puede, por tanto, ser aplicada por los jueces (se entiende, por los jueces comunes, ya que en un régimen de constitución flexible no existen jueces constitucionales).[33]

Sea como fuere, en general parece que puede decirse lo siguiente: regularmente, la violación de *una única* norma procedimental implica invalidez (y no inexistencia), mientras que la (improbable) violación de *todas* las normas procedimentales produce la inexistencia de la fuente de que se trate.

Por ejemplo, una ley de delegación aprobada con un procedimiento descentralizado en comisiones sería ciertamente inválida (al menos en la parte en la que confiera la delegación legislativa), ya que violaría el artículo 72.4, const. it. No obstante, una ley semejante, si fuera aprobada, probablemente sería considerada "existente" hasta que su invalidez no fuese declarada por el Tribunal constitucional.

Contrariamente, una pretendida "ley constitucional" aprobada según el procedimiento ordinario de aprobación de las leyes y, por tanto, en violación del art. 138 const. it., probablemente

sería considerada inexistente *en cuanto ley constitucional*. Esto es, ni siquiera sería apropiado para ella el nombre de 'ley constitucional'. Esto es así, ya que el particular procedimiento de aprobación establecido en el artículo 138, const. it., parece ser un rasgo constitutivo, es decir, definitorio, de la propia noción de ley constitucional (la fuente "ley constitucional" se diferencia de la fuente "ley ordinaria", precisa y únicamente, por el procedimiento de aprobación).[34]

Como quiera que sea, cuando está en juego la violación de normas procedimentales sobre la producción jurídica, los conceptos de invalidez e inexistencia se difuminan el uno en el otro, sin que sea posible trazar una neta línea de demarcación entre ellos. En particular, no parece posible establecer de modo general cuáles y cuántas normas procedimentales deben ser violadas para que la fuente en cuestión sea no sólo inválida sino también inexistente.

Está claro, por otra parte, que los jueces comunes se comportan de modo extremadamente cauto respecto de esta cuestión: es difícil que un juez común considere una ley (o un acto equiparado) como inexistente, esto es, como inválida independientemente de una decisión al respecto del Tribunal constitucional.

3.3. Incompetencia material (o relativa u objetiva)

La violación de una norma que limita o delimita el objeto de una competencia normativa da lugar a un vicio que podemos llamar "incompetencia material" (o "relativa" u "objetiva") y que hace referencia a aquello que es regulado, y no a *cómo* se produce la regulación de ese objeto.[35]

Diremos, pues, que una ley es inconstitucional por un vicio de incompetencia material siempre que regule una materia que la constitución o una ley constitucional sustrae de su competencia, reservándola a la competencia de una fuente distinta.

Por ejemplo: está afectada de un vicio de incompetencia material una ley regional que regule una materia reservada por la constitución a la ley estatal (por ejemplo, según la interpretación prevalente, la materia penal); está afectada de incompetencia material una ley ordinaria que pretenda regular una materia reservada a la ley constitucional (por ejemplo, art. 71.1, const. it.) o al reglamento parlamentario (por ejemplo,

art. 72.1, const. it.); está afectado de incompetencia material un decreto-ley que pretenda sustituir a la ley formal en una materia reservada precisamente a la ley formal (por ejemplo, arts. 78, 80, 81.1, const. it.).

La incompetencia material no produce la inexistencia, sino sólo la invalidez de la ley. Con la consecuencia que un vicio de incompetencia material no puede ser reconocido por cualquier juez común: sólo puede ser declarado por el Tribunal constitucional.

3.4. Incompetencia material negativa

La violación, por parte de la propia ley, de una norma que le reserva la regulación de una determinada materia provoca, en ella, un vicio que podemos denominar "incompetencia material negativa".[36]

Se recordará que una reserva de ley puede ser violada no sólo por una fuente distinta de la ley (especialmente un reglamento del ejecutivo) que pretenda regular la materia reservada a aquella, sino también *por la ley misma*. Esto sucede cada vez que la ley regula de forma incompleta la materia que le está reservada,[37] *delegando* expresamente la regulación ulterior de la materia a una fuente distinta y subordinada, o en todo caso *reenviando* a una fuente distinta y subordinada. En ambos casos, la ley tiene el efecto de atribuir competencia normativa a una fuente distinta de la ley (un reglamento del ejecutivo) en una materia que la constitución quiere que sea regulada sólo por la ley, y, en consecuencia, excluye de la competencia normativa a toda fuente que no sea la ley.

También la incompetencia material negativa produce la invalidez de la ley (y no su inexistencia). Con la consecuencia que un vicio de incompetencia material negativa sólo puede ser determinado por el Tribunal constitucional (y no puede, en cambio, ser reconocido por cualquier juez común).

3.5. Violación de normas "sustantivas"

Finalmente, la violación de una norma constitucional "sustantiva" que limita el contenido normativo de las leyes futuras –en particular, prohibiendo a la ley asumir un contenido lesivo

para los derechos fundamentales– da lugar a un vicio que se suele denominar "vicio sustantivo" o "material" y que no hace referencia a *aquello* que se regula sino al *modo* cómo un determinado objeto es regulado.

Como ya se ha visto, la constitución dirige prohibiciones al legislador, generalmente, de forma indirecta: no ya prohibiendo expresamente al legislador la adopción de una cierta norma, sino formulando normas de conducta dirigidas a los ciudadanos (principalmente normas que les confieren derechos de libertad). Así, el legislador viola una prohibición constitucional cada vez que dicta una norma (de conducta) en conflicto con una norma constitucional: por ejemplo, calificando como prohibido un comportamiento que la constitución califica como permitido.

En fin, en la mayoría de los casos, la violación de una prohibición constitucional por parte del legislador no es distinta de una antinomia o conflicto entre normas. En otras palabras, una ley está afectada por un vicio sustantivo siempre que contenga o exprese normas (de conducta) incompatibles con normas (de conducta) constitucionales.

También los vicios sustantivos –como aquellos de competencia material (positiva o negativa)– producen la invalidez de la ley, no su inexistencia. Esto significa que los vicios en cuestión no pueden ser reconocidos por cualquier juez común: su determinación es competencia exclusiva del Tribunal constitucional.

4. Invalidez de normas, de disposiciones y de fuentes

Hasta aquí se ha hablado, de un modo absolutamente genérico, de la inconstitucionalidad de "normas". Es necesario, sin embargo, precisar que los diversos tipos de vicios hasta aquí examinados no afectan siempre a las normas, y sólo a ellas: unas veces afectan (también) a las disposiciones de las cuales una determinada norma constituye el significado; otras afectan a una fuente en su totalidad, esto es, al documento normativo completo (independientemente de la identificación de las normas que éste expresa).[38] En particular:

1) Los vicios de incompetencia absoluta, derivados de la violación de normas que confieren una competencia, como también los vicios de forma, derivados de la violación de normas

procedimentales sobre el ejercicio de la competencia normativa conferida, afectan no ya a normas singulares sino a la fuente viciada en su totalidad, invalidándola, de forma absolutamente independiente de su contenido normativo (y sin que para ello sea preciso interpretarla).

Así, por ejemplo, en virtud del artículo 70, const. it., una pretendida "ley" que no haya sido deliberada por las Cámaras es (más que inválida) inexistente en el sentido al que se ha hecho ya referencia: ésta no es en absoluto una "ley", *independientemente de las normas que en ella se formulen.* Es más: en virtud del artículo 64.3, const. it., una ley que, en una de las dos Cámaras, haya sido aprobada en ausencia de quórum legal (es decir, sin la presencia de la mayoría de los componentes), es inválida –si no claramente inexistente– en su totalidad, *independientemente de su contenido.*

2) En cambio, los vicios de incompetencia material (positiva o negativa) y los vicios sustantivos afectan únicamente a la norma viciada, no al documento normativo completo, de modo que la norma debe ser identificada: se entiende, mediante interpretación.

Una ley, obviamente, puede contener, y habitualmente contiene, una gran cantidad de normas: ello no significa que todas estas normas estén en contraste con normas sustantivas de la constitución (es más, es algo excepcional), o que todas excedan la competencia material de la ley. Suponiendo que la ley en cuestión no esté afectada por vicios de otra naturaleza, ella no es, pues, inválida en su totalidad, sino de forma limitada a aquellas normas que sean incompatibles con normas constitucionales sustanciales, o que regulen objetos reservados a una fuente distinta de la ley, o que reenvíen a un reglamento (confiriendo así un poder normativo al ejecutivo) una materia reservada a la ley. Es obvio, en todo caso, que la identificación del vicio presupone la interpretación de la ley en cuestión.

Obsérvese, sin embargo, que los vicios sustantivos y los vicios de incompetencia material, si bien es altamente improbable que afecten a un documento normativo completo, pueden extenderse de una única norma a la disposición de la que tal norma es expresión.

Restrinjamos por comodidad el discurso a los vicios sustantivos y supongamos que una cierta disposición legislativa, como frecuentemente sucede, expresa conjuntamente dos nor-

mas, una de las cuales sea conforme a, y la otra incompatible con, la constitución. Pues bien, en tal caso será materialmente inválida no ya la disposición en cuanto tal, o en su totalidad, sino sólo una de las normas que ésta expresa.

En cambio, si suponemos que una determinada disposición, como quiera que se interprete, expresa exclusivamente normas incompatibles con la constitución, la invalidez de las normas expresadas implicará la de la propia disposición. Podemos decir lo siguiente:

a) una disposición legal es inválida a causa de un vicio sustantivo siempre que, como quiera que se interprete, no sea idónea para expresar alguna norma compatible con la constitución;

b) una disposición legal es inválida a causa de un vicio de incompetencia material siempre que, como quiera que sea interpretada, no sea idónea para expresar alguna norma que, en virtud de su objeto, entre dentro de la competencia de la ley.

Notas

1. Esta tesis es recurrente en las obras de Hans Kelsen (por ejemplo, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945; trad. cast. *Teoría general del Derecho y del Estado*, a cargo de E. G. Máynez, México, D.F., 1988; *Teoría pura del derecho* (1960), México D.F., 1986).
2. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, especialmente cap. V; trad. cast., *El concepto de Derecho*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1992, especialmente cap. V.
3. Cfr. T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Napoli, 1922 (ahora también en T. Perassi, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958); G. Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 175 ss.; Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, especialmente cap. XII.
4. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. III; F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1.
5. Cfr. R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1992, 177-178; F. Modugno, "Validità (teoria generale)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1.
6. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit, 49; Id., "Validità", en A. Belvedere y otros, *Glossario*, Milano, 1994.
7. Cfr., por ejemplo, A.G. Conte, "Validità" (1975), ahora en Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Studi 1965-1981, Torino, 1989, 117 ss.; E. Bulygin, "Validez y positivismo", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 499 ss.; F. Modugno, "Validità (teoria generale)", cit.

8. A partir de Kelsen, en teoría del derecho es usual identificar "validez" y "existencia" de las normas jurídicas. Cfr. la bibliografía citada en la nota precedente. Sobre la distinción entre validez y existencia (o "vigencia", como él prefiere decir) insiste L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, especialmente 351 ss.; trad. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1997, 357 ss.
9. Cfr. R. Guastini, "Ordinamento giuridico" en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995; F. Modugno, "Validità (teoria generale)", cit., 19, 28; Id. "Validità (diritto costituzionale)", cit., 44. En realidad, Modugno distingue unas veces y confunde otras validez y existencia (cfr. por ejemplo, "Validità (teoria generale)", cit., 26, 29).
10. Debe entenderse que de lo que se está hablando es de la existencia *jurídica* de las normas. La existencia jurídica de las normas no debe confundirse con su existencia *empírica*. Las normas son entidades del lenguaje, de modo que adquieren existencia empírica simplemente cuando son *formuladas*. Naturalmente, una cosa es formular una norma y otra introducirla en un ordenamiento.
11. Cfr. R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", cit., 183-185; Id., "Invalidità", en Belvedere y otros, *Glossario*, cit.
12. En cambio, en el discurso sociológico-jurídico, y normalmente también en contextos teórico-generales, se llama 'eficaz' –o 'efectiva'– a toda norma que sea efectivamente usada, observada o aplicada.
13. Cfr. R. Guastini, "Efficacia", en A Belvedere y otros, *Glossario*, cit.
14. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 50; F. Modugno, "Validità (teoria generale)", cit., 10.
15. Cfr. F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 44 ss.
16. Cfr. R. Guastini, "Ordinamento giuridico", cit.
17. Cfr. infra, §§ 3.1 y 3.2.
18. Cfr. F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 47.
19. Salvo que la ley autorizadora en cuestión no se limite, precisamente, a autorizar la creación del reglamento (a conferir poder reglamentario), sin poner ningún límite sustancial (esto es, de contenido) al poder reglamentario conferido.
20. La tesis según la cual una constitución flexible no es vinculante para el legislador puede ser entendida en dos sentidos. Se puede sostener, en efecto, que el legislador no está vinculado por la constitución, en un sentido fuerte, como que puede libremente violarla (la violación de la constitución por parte del legislador no es causa de inconstitucionalidad) o, en un sentido débil, como que la violación de la constitución por parte del legislador está, de hecho, desprovista de cualquier remedio o sanción. Cfr. infra, § 3.2.
21. Se debe tener en cuenta, empero, que en lo que sigue el discurso será circunscrito a las normas constitucionales sobre la legislación, las cuales, obviamente, pertenecen al género de las normas sobre la producción jurídica, pero es igualmente obvio que no lo agotan.
22. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 30; F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 49-50.
23. Con el término 'fuerza' usualmente se hace referencia a la particular colocación de cada fuente en la jerarquía de las fuentes, esto es, a su capacidad de derogar otras fuentes (por ello mismo inferiores) y de resistir a la derogación por parte de tales fuentes.
24. Cfr., por ejemplo, E. Bulygin, "Sobre las normas de competencia", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 485 ss.; M. Atien-

za, J. Ruiz Manero, "Sulle regole che conferiscono poteri", en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1994, 55 ss.; trad. cast. corregida y aumentada en Id., *Las piezas del derecho*, Barcelona, 1992, cap. II.

25. Cfr. F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 50.
26. Naturalmente, el "contenido normativo" de una norma comprende tanto *aquello* que es regulado (el objeto de la regulación: por ejemplo, un cierto tipo de comportamiento) como el *modo* en que tal objeto es regulado (por ejemplo: que el comportamiento en cuestión sea prohibido o, por el contrario, permitido). Por lo tanto, también las normas examinadas precedentemente en los puntos 2.3 y 2.4 conciernen, en ese sentido, al "contenido" de la legislación futura. En este contexto, sin embargo, hablo de "contenido normativo" (a falta de una expresión más feliz) para referirme no al objeto de la regulación sino únicamente al modo en que un cierto objeto es regulado.
27. En realidad, las "obligaciones" dirigidas al legislador –esencialmente normas programáticas– no son verdaderas obligaciones: son más bien recomendaciones. Esto es debido al hecho que las normas en cuestión están desprovistas de cualquier sanción, de modo que no puede decirse que el legislador esté obligado al cumplimiento. Es verdad que el Tribunal constitucional puede anular una ley que sea, en algún modo, contraria a una norma programática por inconstitucionalidad; pero, si el legislador simplemente se abstiene de legislar en la materia, no hay remedio posible: el Tribunal constitucional no puede anular una ley inexistente.
28. En general, sobre los vicios de las leyes, son obras fundamentales: C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi, e il controllo giurisdizionale* (1934), Milano, 1964; F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 vols., Milano, 1970; Id., "Legge (vizi della)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973.
29. Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 270 y ss.; Id. "Processo costituzionale" en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, especialmente 636 y ss.
30. No distingue claramente L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit.; trad. cast., *Derecho y razón*, cit. Cfr. a propósito: M. Jori, "La cicala e la formica", y R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", ambos en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993.
31. Cfr. F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 51 y ss.
32. La neta distinción entre los vicios de forma y los vicios sustanciales es justamente impugnada por F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 65. Cfr. también R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", cit., 198-199.
33. La relevancia práctica de la cuestión depende, entre otras cosas, del hecho que la relación existente entre ley y constitución en un régimen de constitución flexible no es distinta de la relación que, en un régimen de constitución rígida, existe entre una ley ordinaria y toda otra ley ordinaria, o entre leyes de revisión constitucional y constitución. En el ordenamiento italiano, en particular, la misma relación se puede encontrar entre los actos gubernativos con fuerza de ley y la ley 400/1988, que regula, en algunos aspectos, su creación. Por ejemplo, el art. 14.4 de la ley 400/1988 establece algunas normas procedimentales relativas a la formación de los decretos legislativos delegados. Pues bien, si se tratan los vicios formales como causas de inexistencia (y no simplemente de invalidez), se sigue que un decreto legislativo producido en violación de estas

normas debe ser considerado claramente inexistente y, por consiguiente, puede ser inaplicado por el juez común.

34. Cfr. F. Modugno, "Validità (diritto costituzionale)", cit., 53.
35. En la doctrina, usualmente se distingue entre validez formal y validez material. Se dice de una norma que es formalmente válida si no está afectada de vicios de forma; se dice de una norma que es materialmente válida si no está afectada de vicios materiales. Esta simple dicotomía no es satisfactoria. En particular, es oportuno subrayar que los vicios de incompetencia material constituyen una categoría autónoma, que no puede ser unívocamente reconducida a ninguna otra. Una norma legislativa regional en materia penal, por ejemplo, puede estar perfectamente desprovista de vicios formales (en caso de que haya sido aprobada por el Consejo regional y promulgada por el Presidente de la Región en la forma debida) y materiales (en el caso que no esté en contraste con ninguna norma constitucional "sustancial"): no obstante, es inválida, porque la competencia legislativa de las Regiones no se extiende a la materia penal (la ley regional no es competente para establecer delitos ni para conminar sanciones de naturaleza penal). Aquí no se trata del *modo* en que esta determinada fuente regula la materia, sino del *objeto* mismo de la regulación (como quiera que sea regulado).
36. Cfr. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, III ed., París, 1993, 122-123.
37. En esta sede, por comodidad de discurso, prescindo de la distinción entre reserva de ley "absoluta" y "relativa".
38. Cfr. R. Guastini, "Disposizione vs. norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 3 y ss.; Id., *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 1992, 155 y ss.

III

Ordenamiento jurídico: un concepto problemático

La noción habitual

Un ordenamiento (o sistema) jurídico, según la forma común de concebirlo, es un conjunto de normas válidas.[1]

Esta definición –por otra parte grosera– probablemente sería aceptada por cualquier jurista sin mayor discusión. No obstante, es problemática al menos en tres aspectos.[2]

1. ¿Validez o "existencia"?

El primer problema concierne a la noción de ordenamiento como conjunto de normas "válidas". Esta forma de concebir los ordenamientos jurídicos parece discutible, al menos, por tres razones.

a) En primer lugar, la representación de los ordenamientos jurídicos como conjuntos de normas válidas oculta que todo ordenamiento, tal como se presenta empíricamente, incluye, junto a las normas válidas, también normas –podemos llamarlas "supremas", "independientes" o "soberanas"– que no son válidas ni inválidas.[3]

Éstas son normas que ofrecen los parámetros de validez de cualquier otra norma. Es el caso, al menos en los ordenamientos con una constitución rígida, de las normas constitucionales. Si se acepta que las normas constitucionales son, cada una de ellas y en su conjunto, criterios de validez de cualquier otra norma del ordenamiento, entonces se debe concluir que, por razones puramente lógicas, las normas constitucionales no pue-

den ser válidas ni inválidas[4]. Y, sin embargo, sonaría muy extraño decir que la constitución no forma "parte" de, no "pertenece" a, el ordenamiento del que es constitución.[5]

b) En segundo lugar, la representación de los ordenamientos jurídicos como conjuntos de normas válidas oculta que todo ordenamiento está, inevitablemente, repleto de normas inválidas.[6]

Son normas inválidas, por ejemplo, en los ordenamientos con una estructura jerárquica, las normas contradictorias con normas de rango superior (el fenómeno es macroscópico en los ordenamientos con constitución rígida) que, no obstante, por alguna razón no han sido declaradas inválidas por el órgano competente para ello (por ejemplo, el juez de la legitimidad constitucional de las leyes).

Es necesario subrayar que las normas en cuestión, si bien son inválidas, son "existentes" en el ordenamiento ("pertenecientes" al mismo) y, sólo por ello, vinculantes para sus destinatarios y susceptibles de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos.[7] Al menos, hasta que su invalidez no haya sido positivamente reconocida y declarada por el órgano competente para ello.[8]

c) En tercer lugar, la representación de los ordenamientos jurídicos como conjuntos de normas válidas es inoportuna ya que existen ordenamientos en los que el conjunto de las normas válidas es –en un sentido– imposible de conocer.[9]

Esto sucede en todos aquellos ordenamientos que –como el ordenamiento italiano vigente– no prevén actos de convalidación, con eficacia *erga omnes*, de las normas "existentes". Me explico.

En el ordenamiento italiano vigente, las declaraciones de ilegitimidad constitucional –las sentencias constitucionales llamadas "estimatorias"– tienen eficacia general, *erga omnes.*[10] Por tanto, toda norma declarada constitucionalmente ilegítima es positiva y definitivamente expulsada del ordenamiento, sustraída del conjunto de las normas "existentes" en el ordenamiento. El conjunto de las normas (legislativas) inválidas es pues, aunque amplio, cognoscible: se obtiene del conjunto de las sentencias constitucionales estimatorias.

En cambio, según lo que sostiene la doctrina (aunque sea con alguna opinión disidente aislada),[11] las decisiones constitucionales que rechazan una cuestión de legitimidad constitucional –sentencias constitucionales llamadas "desestimatorias"– tienen eficacia circunscrita al caso decidido, *inter partes.*[12] Por ello, tales decisiones no tienen el efecto de incluir positiva y definitivamente las normas sobre las que versan en el conjunto de las normas válidas. Y, por otra parte, la acción de legitimidad constitucional no está sujeta a prescripción. Por tanto, no puede decirse con certeza de ninguna norma (al menos, de ninguna norma con rango legislativo) que sea válida: toda norma existente y no inválida está sujeta a un posible juicio de invalidez en el futuro.

Por otra parte, existen también otros ordenamientos en los que el conjunto de las normas inválidas es incognoscible. Me refiero a todos los ordenamientos –como el norteamericano– en los que el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido de forma difusa por los jueces "comunes", cuyas decisiones de ilegitimidad constitucional tienen efectos circunscritos al caso decidido.

(El discurso que precede, por simplicidad, está formulado en términos de "validez" e "invalidez". En rigor, debería ser reformulado: dado que no se está hablando propiamente de las normas "válidas", sino más bien de las normas "convalidadas". Válida es una norma que responde plenamente a los criterios de validez propios del ordenamiento de que se trate: una norma que ha sido producida conforme a las normas sobre la producción jurídica y que no es incompatible con otras normas jerárquicamente superiores. Convalidada es una norma cuya validez ha sido positivamente reconocida, declarada, con eficacia *erga omnes*, por el órgano competente para ello, de forma que queda excluida una sucesiva declaración de invalidez; salvo, claro está, que se produzca un cambio de las normas sobre la producción jurídica y/o de las normas jerárquicamente superiores que provoquen un fenómeno de invalidez "sobrevenida").[13]

1.1. ¿Validez o eficacia?

La configuración de los ordenamientos jurídicos como conjuntos de normas "válidas" es también discutible desde otro punto de vista.

En la teoría jurídica de este siglo existe un punto de vista –llamado "realismo jurídico"–[14] según el cual la ciencia jurídica debería ser una ciencia empírica, descriptiva, no de normas (de lo que "debe ser"), sino de hechos sociales (de lo que "es"). Más precisamente, según este punto de vista, la ciencia jurídica debería describir (y prever) aquellos peculiares hechos sociales que son las decisiones jurisdiccionales.[15]

Es natural que, para quienes aceptan este punto de vista, sea más oportuno reconstruir el ordenamiento jurídico no ya como el conjunto de las normas válidas sino más bien como el conjunto de las normas efectivamente aplicadas por los tribunales (ya sean válidas o inválidas).

2. ¿Normas o textos normativos?

El segundo problema afecta a la noción de ordenamiento como conjunto de "normas".

En realidad, en el lenguaje jurídico común, el vocablo 'norma' es usado habitualmente de forma absolutamente irreflexiva, sin problematizar en exceso. En particular, la forma habitual de expresarse no distingue netamente entre textos normativos (las disposiciones, que son objeto de interpretación) y las normas propiamente dichas (los significados de las disposiciones, que son, en cambio, el producto de la interpretación). La omisión de esta distinción es lamentable, dado que oscurece el fenómeno de la disociación entre los textos y las normas: esto es, el hecho de que todo texto normativo es susceptible de una pluralidad de interpretaciones.[16]

Sea como sea, a pesar de que habitualmente no se distinga (es más, precisamente porque no es usual distinguir) es conveniente problematizar aquí el concepto de norma. En el contexto de la definición de 'ordenamiento', ¿hay que entender el vocablo 'norma' en sentido vulgar, como enunciado normativo (fragmento de un texto de las fuentes del derecho)? O, en cambio, ¿debemos entender el vocablo 'norma' en sentido estricto, como contenido significativo de un enunciado normativo (o de un fragmento de enunciado normativo o de una combinación de enunciados normativos)? En función de si se elige uno u otro cuerno del dilema, lo que se suele llamar ordenamiento jurídi-

co será reconstruido como: (a) un conjunto de normas, o, en cambio, (b) un conjunto de textos normativos.[17]

La primera configuración (que es probablemente la más común), si está asociada con la idea corriente de que una cosa es producir normas y otra interpretarlas, y que, por tanto, la interpretación no pertenece a la clase de los actos normativos, es discutible por una razón evidente.

Desde un punto de vista empírico, los ordenamientos jurídicos no se presentan como conjuntos de "normas" sino más bien como conjuntos de "disposiciones", de textos normativos a la espera de interpretación y susceptibles de interpretaciones múltiples y variables. En otras palabras, la configuración de los ordenamientos como conjuntos de normas (en sentido estricto) oscurece el hecho de que los actos que habitualmente consideramos como "normativos" –ejemplo paradigmático: los actos legislativos–, en rigor, no producen normas sino más bien textos normativos, cada uno de los cuales es susceptible:

a) por un lado, de interpretaciones *sincrónicamente múltiples*;

b) por otro lado, de interpretaciones *diacrónicamente cambiantes*.

Se obtiene de esto una doble consecuencia:

aa) ante todo, el conjunto de las normas (entendidas en sentido estricto) que componen un ordenamiento es un conjunto absolutamente indeterminado: por lo menos, siempre que (y hasta que) los distintos intérpretes atribuyan a una determinada disposición no ya un único, unívoco, significado, sino una pluralidad de significados alternativos y conflictivos entre sí (cosa que ocurre a menudo);

bb) además, el conjunto de las normas (entendidas en sentido estricto) que componen un ordenamiento está destinado a cambiar con el devenir de la interpretación dominante o consolidada sin que cambien las denominadas "fuentes del derecho" (cosa que, de nuevo, ocurre a menudo).

Así, entendido el ordenamiento como conjunto de normas, resulta que no es susceptible de identificación y conocimiento.

En suma: si se quiere configurar los ordenamientos como conjuntos de normas, entonces es necesario revisar las nociones corrientes de acto normativo y de fuente del derecho. En particular, en la clase de los actos normativos debería también ser incluida la interpretación, ya que la legislación, en rigor, no pro-

duce propiamente normas sino únicamente disposiciones, textos normativos: las normas no surgen de la legislación sino más bien de la combinación entre la legislación y la interpretación.[18]

Si, en cambio, se quiere continuar excluyendo la interpretación de la clase de los actos normativos, es conveniente concebir los ordenamientos jurídicos como conjuntos no ya de normas sino más bien de disposiciones normativas (en espera de interpretación).

Por otro lado, si se conciben los sistemas jurídicos como conjuntos de normas, parece natural considerar "fuentes del derecho" (fuentes de normas, precisamente) a los textos que expresan esas normas; si, en cambio, se conciben los ordenamientos como conjuntos de textos normativos, parece natural considerar como "fuentes del derecho" (fuentes de textos normativos) no ya los textos mismos, sino los actos normativos –o, mejor, los procedimientos normativos– que los crean.

2.1. Normas y enunciados no normativos

Se podría añadir que la representación de los ordenamientos como conjuntos de normas es también criticable bajo otro punto de vista.

Se suele decir que el discurso de las fuentes del derecho es un discurso "normativo" (o "prescriptivo") y habitualmente se denomina "norma" a todo enunciado perteneciente a ese discurso.[19] Se trata, sin embargo, de una forma de expresarse poco cuidadosa por la siguiente razón.

En realidad, el discurso de las fuentes incluye al menos tres especies de enunciados:

a) enunciados normativos en sentido estricto, es decir, enunciados que expresan reglas de conducta (prescripciones o "mandatos");[20]

b) enunciados normativos en sentido amplio, es decir, enunciados que expresan autorizaciones ("permisos");[21]

c) enunciados no normativos, es decir, enunciados que no expresan ni prescripciones ni autorizaciones (normas en sentido amplísimo), sino "fragmentos" de prescripciones y de autorizaciones que, en cuanto tales, no pueden ser usados como guía del comportamiento si no es en combinación con prescripciones o autorizaciones.[22]

Además, con razón o sin ella, está difundida entre los juristas la opinión de que el discurso legislativo comprende no sólo "normas" –en algún sentido de esta palabra– sino también "principios", entendidos como algo distinto de las normas e irreducible a ellas.

3. Dimensión sincrónica y dimensión diacrónica de los ordenamientos

El tercer problema afecta a la noción de ordenamiento como "conjunto" de normas.

Aunque se prescinda del impacto de la interpretación sobre las fuentes del derecho, es bastante evidente que un ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas determinado de una vez por todas, sino más bien un conjunto cambiante de normas. No obstante, un conjunto cambiante no es propiamente "un" sistema sino más bien una sucesión de sistemas distintos.[23]

Un ordenamiento jurídico puede ser observado desde dos ángulos visuales distintos: el punto de vista sincrónico y el punto de vista diacrónico.[24] Denominaremos sincrónico al punto de vista de quien observa un ordenamiento en un momento determinado de su existencia histórica, haciendo abstracción de su cambio en el tiempo. Denominaremos diacrónico al punto de vista de quien observa un ordenamiento en su evolución histórica. Pues bien:

a) Desde el punto de vista sincrónico, un ordenamiento se presenta como un conjunto de normas (conviene hacer abstracción aquí de la distinción entre disposición y norma, por simplicidad del discurso). Pero, ese conjunto de normas está, inevitablemente, destinado a cambiar en el tiempo: cambia cada vez que una norma preexistente es "expulsada" del ordenamiento y/o una nueva norma es "introducida" en él. Así pues:

b) Desde el punto de vista diacrónico, un ordenamiento no se presenta como un conjunto de normas sino como una secuencia de conjuntos (sincrónicos) de normas.

De esta forma, en el uso común, la locución 'ordenamiento jurídico' es ambigua: unas veces, designa un conjunto sincrónico de normas; otras, designa una secuencia diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos.[25]

Para obviar esta ambigüedad, se ha propuesto, en la literatura teórico-jurídica contemporánea, usar la expresión 'sistema jurídico' para designar un conjunto sincrónico de normas, y reservar la expresión 'ordenamiento jurídico' para designar una secuencia diacrónica de sistema sincrónicos.[26]

Ahora bien, si desde el punto de vista sincrónico cualquier ordenamiento se presenta como un conjunto "estático" de normas, desde el punto de vista diacrónico, todo ordenamiento se presenta, en cambio, como (el resultado de) una sucesión "dinámica" de actos normativos, es decir, de actos que modifican el sistema jurídico existente en un momento determinado, añadiéndole nuevas normas y/o sustrayendo del mismo normas preexistentes.[27] Son "actos normativos", en este sentido amplio, no sólo los actos que producen normas sino también los actos que derogan normas, los que convalidan normas, los que declaran la invalidez de normas, etcétera.

3.1. ¿Los ordenamientos jurídicos son sistemas puramente dinámicos?

Según un punto de vista muy difundido, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos. Esto es empíricamente falso.

Es dinámico todo ordenamiento en el que los criterios de existencia y validez de las normas son puramente "formales".

Es formal todo criterio que prescinda del contenido de las normas, haciendo referencia exclusiva al modo de producción de las propias normas (esto es, a grandes rasgos, a la identidad del sujeto que las produce y eventualmente a los procedimientos de producción).[28]

Pues bien, ningún ordenamiento jurídico moderno es puramente dinámico, en este sentido, al menos, por dos razones:

1) En primer lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *invalidez* que hace referencia al contenido de las normas.[29]

En virtud de ese criterio, son normas inválidas no sólo aquellas producidas al margen de lo previsto por las metanormas sobre la producción jurídica, sino también aquellas que, aunque se hayan producido "correctamente" desde el punto de vis-

ta formal, son, no obstante, incompatibles con normas jerárquicamente superiores. Por ejemplo, en los ordenamientos con constitución rígida, es inválida toda ley que sea incompatible con la constitución; en casi todos los ordenamientos occidentales modernos, por otra parte, es inválido todo reglamento incompatible con la ley.

Es más, en realidad, algunas normas deben ser no sólo compatibles con las normas superiores sino incluso deducibles de una norma superior, bajo pena de invalidez.[30] Por ejemplo, en todo estado de derecho, es inválida cualquier decisión jurisprudencial que no sea deducible de una norma legislativa preexistente: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o la pena».[31]

2) En segundo lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *validez* que hace referencia al contenido de las normas.

En virtud de ese criterio, son normas válidas del ordenamiento no sólo las normas "explícitas" –es decir, las normas expresamente formuladas y promulgadas (o dictadas) por una autoridad normativa competente según los procedimientos apropiados– sino también todas aquellas que están "implícitas" en las primeras.[32]

Es en virtud de este criterio que todos los ordenamientos están repletos de normas "implícitas", elaboradas por los juristas y por los órganos aplicadores, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia *no* sean fuentes "formales" del derecho. Desde este punto de vista, la caracterización de los ordenamientos jurídicos como sistemas esencialmente dinámicos parece descuidar la dimensión *lato sensu* normativa –productora de normas– que es propia de la dogmática y (por lo que más importa) de la jurisprudencia.

Notas

1. Según la forma habitual de expresarse de los juristas, en expresiones del tipo 'el derecho italiano', 'el derecho francés', 'el derecho internacional', 'el derecho canónico', etcétera, el vocablo 'derecho' puede ser sustituido por la expresión 'ordenamiento (o sistema) jurídico' ("Rechtsordnung", "legal system"). A gran-

des rasgos, 'ordenamiento (o sistema) jurídico' designa un macroconjunto de normas jurídicas cuyos componentes son todos reconducibles a un fundamento común de validez: típicamente, una a constitución formal (pero también a una constitución "material").

La sinonimia entre 'derecho' y 'ordenamiento jurídico', naturalmente, supone la tesis de que el derecho es un ordenamiento. Por otra parte, esta tesis puede ser entendida en no menos de dos sentidos algo distintos.

a) A veces, diciendo (o asumiendo) que el derecho es un ordenamiento, se pretende decir muy simplemente que el derecho es un ordenamiento (normativo) de la conducta, por la simple razón de que "ordena": y esto en el doble sentido (a_1) de mandar y (a_2) de poner orden.

b) Otras veces, diciendo (o asumiendo) que el derecho es un ordenamiento, se pretende decir que el derecho es algo ordenado, sistemático, no caótico, y precisamente: unitario, tendencialmente coherente y (quizás también) tendencialmente completo.

Sobre los usos de la expresión 'ordenamiento jurídico' y sobre las doctrinas que definen el derecho como ordenamiento, cfr. G. Tarello, "Prospetto per la voce «Ordinamento giuridico» di una enciclopedia", en *Política del diritto*, 1975, 73-102; ahora en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 173 ss.; trad. cast., "Ordenamiento jurídico", a cargo de I. Rosas Alvarado, en G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, México D.F., 1995, 152 ss.

2. Gran parte de la literatura (italiana) sobre el tema del ordenamiento jurídico –a partir del famoso trabajo de Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946)– no está dedicada al análisis estructural de los ordenamientos sino al viejo problema de la definición del derecho. Véase al respecto la penetrante observación de A. G. Conte ("Ordinamento giuridico", en *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1964, 29 de la separata): «En uno de sus conceptos, el ordenamiento jurídico es un método para decidir si hay derecho, para decir *an ius*. por ejemplo, en el concepto de ordenamiento jurídico propio del institucionalismo (institucionismo) de Santi Romano y otros. El institucionalismo enuncia las condiciones que deben darse para que haya derecho: hay derecho siempre que haya ordenamiento y hay ordenamiento siempre que haya institución». Sobre la doctrina de Santi Romano, véase: P. Biscaretti di Ruffia (ed.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977.

Parece pues oportuno subrayar que, aquí, no se discuten los problemas de definición del derecho (por ejemplo: si el derecho es norma, ordenamiento, institución, relación u otra cosa). Se discuten en cambio los problemas de definición del ordenamiento a los efectos de arrojar algo de luz sobre la estructura formal de los ordenamientos jurídicos modernos (o de algunos de ellos).

3. Cfr., por ejemplo, G.H. von Wright, *Norm and Action. A logical Enquiry*, London, 1963, cap. X; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Ferrero, Madrid, 1979, cap. X.; R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, 31 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, n. 9, 1991; J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, 1993, 77 ss. Véase cuanto escribe A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1989, 71, acerca de la norma fundamental.

4. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, cap. XX; Id., "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique", en M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris-Bruxelles, 1994, 216-225.
5. Es habitual decir, en la teoría jurídica contemporánea, que 'validez' es sinónimo de 'pertenencia' ("membership"). Esta forma de expresarse es confundente por la razón mencionada en el texto: la constitución no es ni válida ni inválida; no obstante, pertenece al ordenamiento de que se trate. Por ello, es conveniente redefinir la pertenencia como simple existencia.
6. Sobre esto insiste L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, espec. 909 ss.; trad. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1997, 868 ss. Al respecto: L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993.
7. Sobre validez, existencia, aplicabilidad y pertenencia, cfr. E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", en *Ratio Juris*, 1990, 29 ss.; Id. "Tiempo y validez" y "Validez y positivismo", ambos en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 195 ss., 499 ss.; R. Guastini, "Validità", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno-Zencovich, *Glossario*, Tratatto di Diritto privato a cargo de G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1994, 405 ss.
8. Al respecto, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 270 ss.
9. Cfr. R. Guastini, "L'illegitimità delle disposizioni e delle norme", en *Analisi e diritto*, 1992, 175-201, espec. 199 ss.
10. Cfr., por todos, A. Pizzorusso, "Commento all'art. 136", en *Garanzie costituzionali*, comentario de la constitución italiana, editado por G. Branca, arts. 134-139, Bologna-Roma, 1981, 176 ss.
11. A. Ruggeri, *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.
12. Cfr., por todos, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1975, 393 ss.
13. Cfr. R. Guastini, "L'illegitimità delle disposizioni e delle norme", cit., 199 ss.
14. Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; S. Castignone (ed.), *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, 1981; W.W. Fisher III, M.J. Horwitz, Th.A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford-New York, 1993.
15. A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994. Al respecto: E. Bulygin, "El concepto de vigencia en Alf Ross", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 339 ss.; entre lo más reciente, R. Guastini, "Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique", en P. Amselek (ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, 1993, 249-264.
16. Cfr. V. Crisafulli, "Disposizione (e norma)", en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.; G. Tarello, *Diritto, enunciatti, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolgna, 1974, espec. 265 ss., 389 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. Guastini, "Disposizione vs. Norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 3-14; M. Troper, "Fonction jurisdictionnelle ou pouvoir judiciaire?", en *Pouvoirs*, 16, 1981, 5-15.

17. Al respecto, cfr. E. Bulygin, "Legal Dogmatics and the Systematization of Law", en T. Eckhoff, L.M. Friedman, J. Uusitalo (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (*Rechtstheorie*, Beiheft 10), Berlin, 1986, 193 ss.; trad. cast., "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, 465 ss.
18. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 165 ss.; Id., "Giurisprudenza" e "Interpretazione", ambos en A. Belvedere et al., *Glossario*, cit., 183 ss., 210 ss.
19. Cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, caps. X y XI; entre lo más reciente, R. Guastini, "Norma giuridica (tipi e classificazioni)", en *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, 1995.
20. En rigor, se denominan 'normas' las prescripciones generales y/o abstractas (cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 215 ss.; G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cit., 77 ss.; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., 93 ss.). En el léxico de la teoría general, por otra parte, es usual extender el nombre 'norma' para incluir a las prescripciones singulares y/o concretas.

    Va de suyo que los "mandatos" jurídicos son mandatos "impersonales" y "despsicologizados", que no suponen ninguna relación personal entre la autoridad normativa y los destinatarios de la norma. Cfr. K. Olivecrona, "El imperativo de la ley" (1942), en Id., *El Derecho como hecho* (apéndice), Depalma, Buenos Aires, 1959, 167ss.
21. En los ordenamientos jurídicos, las autorizaciones son funcionalmente dependientes de los mandatos: en un doble sentido y de una doble forma. Por un lado, las autorizaciones cumplen la función de derogar expresa o tácitamente mandatos preexistentes: al menos en aquellos ordenamientos en los que está vigente el principio "lex posterior derogat priori". Por otro lado, las autorizaciones cumplen la función de prevenir –de inhibir o precluir– la creación de mandatos por parte de fuentes del derecho subordinadas: al menos en aquellos ordenamientos en los que está vigente el principio "lex superior derogat inferiori". Al respecto: C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Permission and Permissive Norms", en W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, A. Achramm (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburststag*, Berlin, 1984; trad. cast., "Permisos y normas permisivas", en Alchourrón, C.E., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; E. Bulygin, "Permissive Norms and Normative Systems", en A.A. Martino, F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts. Logic, Informatics, Law*, Amsterdam, 1986; R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989, cap. VIII.
22. Pertenecen a esta clase, por ejemplo: (a) los enunciados que confieren estatus; (b) los enunciados que definen términos del propio lenguaje legislativo (definiciones legislativas); (c) los enunciados que confieren significado –un significado con preferencia sobre otros– a enunciados legislativos precedentes (llamados normas interpretativas o de interpretación auténtica); (d) los enunciados que circunscriben el ámbito de aplicación de normas; (e) los enunciados que reenvían a otros enunciados legislativos; (f) los enunciados que expresamente derogan normas preexistentes, etcétera.

    La idea de que tales enunciados no son normas sino fragmentos de normas es recurrente, por ejemplo, en las obras de H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945; trad. cast., *Teoría general del derecho y del esta-*

do, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988; *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; trad. cast., *Teoría pura del derecho*, a cargo de R. Vernengo, México D.F., 1986; *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 (trad. ingl. a cargo de M. Hartney, *General Theory of Norms*, Oxford, 1991); trad. cast., *Teoría general de las normas*, a cargo de H.C. Delory Jacobs, México D.F., 1994. Cfr. también A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, § 26; trad. cast., *Lógica de las normas*, a cargo de J.S.P. Hierro, Madrid, 1971, § 26; R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1995, 18 ss.; Id., *Dalle fonti alle norme*, cit., 25 ss., 48 s.

23. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", en C.E. Alchourrón, E, Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 393 ss.
24. J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, II ed., London, 1973; trad. cast., *El concepto de sistema jurídico*, a cargo de R. Tamayo y Salmorán, México D.F., 1986. Al respecto: P. Comanducci, "Joseph Raz e la teoria generale del sistema giuridico", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. VIII/1, 1978.
25. Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971; trad. cast., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1ª reimpr., 1987; Id., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), 1979; Id., "Sobre el concepto de orden jurídico", cit.; R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit.; D. Mendonca, *Introducción al análisis normativo*, Madrid, 1992; J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, cit.; P.E. Navarro, *La eficacia del derecho*, Madrid, 1990.
26. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", cit.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", cit.
27. Sobre la distinción estática/dinámica, véanse los trabajos recogidos en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.
28. H. Kelsen, *Introdution to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. ing. a cargo de B. Litschewski y S.L. Paulson, Oxford, 1992, 56; trad. cast., *La teoría pura del derecho* (1934), México D.F., 1979, 96; Id., *General Theory of Law and State*, trad. ing. a cargo de A. Wedberg, Cambridge (Mass.), 1945, 112 s.; trad. cast., *Teoría general del derecho y del estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988; Id., *Teoría pura del derecho* (1960), trad. a cargo de R. Vernengo, México D.F., 1986, 203 ss. Cfr. L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, cit.
29. R. Guastini, "Invalidity", *Ratio Juris*, 7, 1994, 212 ss.; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. V.
30. E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 355 ss.
31. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § IV; trad. cast., *De los delitos y de las penas*, a cargo de J. Jordá, Barcelona, 1983, § IV.
32. R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., 57 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, n. 9, 1991, 260 ss.; R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986, 173-201.

IV

Perspectiva estática de los ordenamientos

1. "Existencia empírica" y "existencia jurídica" de normas

Desde un punto de vista sincrónico, un sistema jurídico se presenta como un conjunto de normas no ya válidas, sino simplemente "existentes" o, mejor dicho, "jurídicamente existentes".[1] ¿En qué sentido? Es necesario distinguir cuidadosamente la mera existencia "empírica" de una norma de su existencia "jurídica".[2]

1) *Existencia empírica.* Si se acepta que las normas son entidades lingüísticas (enunciados del discurso prescriptivo o, más estrictamente, significados de enunciados prescriptivos), es evidente que ninguna norma que no haya sido formulada (por alguien) en un lenguaje puede considerarse "existente". Una norma "existe" si, y sólo si, ha sido formulada.[3]

2) *Existencia jurídica.* Está claro, por otro lado, que formular una norma no es, de por sí, suficiente para introducirla en un ordenamiento: no es suficiente, por decirlo así, para convertirla en una norma jurídica. Una norma existe "en" un ordenamiento jurídico –o bien pertenece a él– si, y sólo si, ha sido no sólo formulada (como por ejemplo las normas de un proyecto de ley) sino también "puesta" es decir, deliberada y dictada (además de publicada)[4] de acuerdo al menos con algunas de las normas sobre la producción jurídica propias del ordenamiento.[5]

Obsérvese bien: es condición suficiente de existencia jurídica de una norma no ya el dictado de conformidad con "todas" las normas sobre la producción jurídica, sino también el dictado de

conformidad con sólo "algunas" de esas normas[6]. Un ejemplo obvio, macroscópico: en el ordenamiento italiano vigente, una ley aprobada por las Cámaras y promulgada por el Presidente de la República que sea contradictoria con la constitución (por un vicio cualquiera de legitimidad constitucional: por ejemplo, por violación del art. 72.4 de la constitución italiana), pero cuya ilegitimidad constitucional no haya sido declarada aún por el Tribunal constitucional, se dirá, en efecto, que es inválida, pero sin duda no se dirá que es "inexistente". (En cambio, diremos que es jurídicamente "inexistente" una pretendida "ley" que no hayan aprobado las Cámaras y quizás también una ley que, aunque haya sido aprobada por las Cámaras, no haya sido promulgada por el Presidente de la República.)

Conviene repetir que la simple "existencia jurídica", y no la (plena) validez –conformidad con "todas" las normas sobre la producción jurídica, ausencia total de vicios– es, en muchos ordenamientos, condición suficiente de "eficacia" (aplicabilidad, obligatoriedad, productividad de efectos jurídicos) de las normas.[7]

2. Normas implícitas

Por otra parte, según el punto de vista más común de los juristas, los ordenamientos no se agotan en el conjunto de normas explícitamente "puestas", es decir, formuladas y dictadas por las distintas autoridades normativas. Todo ordenamiento –se piensa– incluye también, junto a las normas dictadas, las normas que, incluso en ausencia de dictado, están sin embargo "implícitas" en las normas dictadas.[8]

Entiéndase bien, que las normas implícitas sean normas "no dictadas" no significa que sean también normas "no formuladas". Una norma no formulada simplemente no existe. Una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada y, por tanto, cuando deja de ser "implícita". No obstante, las normas implícitas, a diferencia de las explícitas, son normas formuladas no ya por las autoridades normativas del ordenamiento, sino por los intérpretes.

Por otra parte, en este contexto, la expresión 'norma implícita' debe ser entendida en sentido suficientemente amplio como para incluir al menos tres clases de normas no expresas:

a) las normas que pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento lógicamente válidos y sin la adición de ulteriores premisas ("Si los mayores de edad tienen el derecho de voto y los que tienen dieciocho años son mayores de edad, entonces los que tienen dieciocho años tienen derecho de voto");

b) las normas que pueden ser inferidas de las normas explícitas sólo con la adición de premisas ulteriores: esto es, de premisas que no constituyen a su vez normas explícitas (por ejemplo, definiciones doctrinales de términos usados en la formulación de normas explícitas);

c) las normas que pueden ser persuasivamente inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento no deductivos y lógicamente inválidos (por ejemplo, entimemas, argumentos analógicos, conjeturas acerca de la *ratio legis*, etcétera).[9]

Casi no vale la pena advertir que mientras las normas implícitas del primer tipo son el resultado de operaciones puramente lógicas, las del segundo tipo son el fruto de operaciones interpretativas (como tales, controvertibles) y las del tercer tipo son producto de operaciones decididamente creativas (de nuevo derecho).

3. Tres subconjuntos de las normas existentes

El conjunto de las normas jurídicamente existentes –pertenecientes al sistema– incluye tres clases de normas bien distintas. En el seno de las normas existentes (en tanto que "puestas", dictadas o, en todo caso, implícitas en las normas dictadas) es necesario, en efecto, distinguir:

1) La clase de las normas "supremas", "independientes" o "soberanas": aquellas cuya producción no está regulada por otras normas y que, por tanto, no pueden ser válidas ni inválidas (típicamente: las normas constitucionales o, si se prefiere, las de la "primera constitución").[10]

2) La clase de las normas válidas, inmunes de vicios de cualquier tipo.

3) La clase de las normas inválidas –afectadas, por tanto, por algún vicio– cuya invalidez, sin embargo, no haya sido (por cualquier razón) declarada por el órgano competente para ello.

En cambio, (ya) no pertenecen al sistema jurídico las normas "invalidadas", es decir, positivamente declaradas inválidas, con eficacia *erga omnes*, por el órgano competente para ello: por ejemplo, en el ordenamiento italiano, las normas de rango legislativo anuladas por una sentencia constitucional estimatoria y también las normas de rango reglamentario anuladas por un juez administrativo.

La declaración de invalidez, si está provista de eficacia general, tiene precisamente el efecto de "anular" la norma a la que está referida y, por tanto, de "expulsarla" del ordenamiento, del conjunto de las normas jurídicamente "existentes". Adviértase que la norma anulada es expulsada no sólo del sistema jurídico sincrónico de que se trate, sino también de los sistemas sincrónicos sucesivos, esto es, del ordenamiento.[11]

La estructura de un sistema jurídico sincrónico se ve, pues, ulteriormente complicada por el hecho de que la clase de las normas existentes es atravesada diagonalmente por otras dos clases de normas (no complementarias entre sí): la clase de las normas convalidadas y la clase de las normas derogadas.

4. Normas convalidadas

En los ordenamientos en que existen actos de convalidación de normas con eficacia *erga omnes* (por ejemplo, un control preventivo de legitimidad constitucional, como sucede en el ordenamiento francés),[12] la clase de las normas existentes incluye, pero no necesariamente agota (a menos que el control preventivo de constitucionalidad sea obligatorio y, por ello, generalizado), las normas positivamente convalidadas –declaradas válidas– por el órgano competente.

La clase de las normas convalidadas no coincide con la de las normas válidas: por la simple razón de que el órgano de control de la validez no es infalible y, por tanto, puede suceder que –erróneamente– convalide una norma inválida. Por otra parte, por la misma razón, también la clase de las normas inválidas puede perfectamente incluir normas convalidadas: en efecto, puede perfectamente suceder que el órgano de control de la va-

lidez convalide –erróneamente– una norma inválida. Precisamente por esto, las normas válidas deben distinguirse cuidadosamente de las normas convalidadas.

Por otra parte, como se ha mencionado en su lugar, al menos en lo que concierne a las normas de rango legislativo, no hay normas convalidadas en ordenamientos como el vigente en Italia, dada la eficacia *inter partes* de las sentencias constitucionales desestimatorias.[13]

5. Normas derogadas

No es imposible imaginar un ordenamiento jurídico en el que la derogación produzca exactamente el mismo efecto que una declaración de invalidez o ilegitimidad. En un ordenamiento así, también la derogación, precisamente como la "invalidación", sería una forma de expulsar normas del ordenamiento: de "anularlas", de quitarles la existencia jurídica. En un ordenamiento así, la distinción entre derogación y anulación ("invalidación") probablemente no tendría sentido.

Por otra parte, hay ordenamientos –como el norteamericano– en los que, al menos respecto de las normas de rango legislativo, no existe nada parecido a la invalidación, ya que el control de legitimidad constitucional sobre las leyes es ejercido, de forma difusa, por cualquier juez común y las decisiones de los jueces comunes tienen, en todo caso, una eficacia circunscrita al caso decidido (salvo la autoridad del precedente vinculante, que es propia de las decisiones de la Corte suprema).[14] En tales ordenamientos, se puede decir que, para expulsar una norma (válida o inválida) del ordenamiento, definitivamente y con eficacia *erga omnes*, no hay otro instrumento que la derogación.

Hay otros ordenamientos –como el vigente en Francia– en los que, al menos respecto de las normas de rango legislativo– no está previsto otro control de legitimidad constitucional que no sea el preventivo, *a priori*. De modo que no existe en absoluto nada parecido a una anulación de normas (legislativas) preexistentes. Una norma legislativa ya existente, sea válida o inválida, no puede ser expulsada del ordenamiento si no es mediante su derogación.

En tales ordenamientos, la distinción entre derogación y anulación, si es que tiene razón de ser, probablemente tiene poca importancia.[15]

Ahora bien, hay ordenamientos en los que la derogación y la declaración de invalidez producen efectos distintos. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, no parece apropiado decir que también la derogación –como la declaración de ilegitimidad constitucional– tiene el efecto de "expulsar" las normas derogadas del ordenamiento y, por tanto, "anularlas".[16] Esto es así, al menos, por dos razones.

En primer lugar, en virtud del principio de irretroactividad de la ley, al margen del derecho penal, las normas derogatorias –salvo declaración expresa del legislador en ese sentido– no se aplican a los supuestos de hecho ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; de forma que esos supuestos de hecho permanecen regulados por las normas ya derogadas. Las normas derogadas, en otros términos, conservan alguna eficacia, si bien su ámbito temporal de aplicación resulta reducido.

En segundo lugar, las normas derogadas, mientras son todavía susceptibles de aplicación, y precisamente por ello, son también susceptibles de impugnación incidental ante el Tribunal constitucional y están sujetas a una posible "invalidación" por parte del propio Tribunal.

En tales ordenamientos parece oportuno distinguir entre normas derogadas y normas invalidadas (anuladas).

a) La distinción puede ser atenuada, difuminada,[17] diciendo que, en esos ordenamientos, hay dos formas de "expulsar" normas del ordenamiento. La primera –la derogación– es un acto normativo, fruto de decisión política, dotado (normalmente) de efectos *ex nunc*.[18] La segunda –la anulación– es un acto jurisdiccional, basado en la "verificación" de la invalidez y dotado (normalmente) de efectos *ex tunc*.[19] Pero, en todo caso, se trata siempre de "expulsión".

b) O bien la distinción puede ser subrayada,[20] diciendo que la derogación, a diferencia de la anulación, tiene no ya el efecto de expulsar normas del ordenamiento sino sólo el efecto de recortar, dentro del conjunto de las normas existentes, el subconjunto de las normas derogadas, que –precisamente– conservan su existencia en el ordenamiento (a diferencia de las normas anuladas), si bien su campo de aplicación resulta temporalmente reducido.

Desgraciadamente, ninguna de las dos soluciones es completamente satisfactoria: cada una presenta un inconveniente.

La primera solución produce el extraño efecto de configurar como normas expulsadas del ordenamiento, y por tanto jurídi-

camente inexistentes, normas que siguen siendo, no obstante, susceptibles de aplicación y de (redundantemente) ulterior expulsión. ¿No es extraño que una norma derogada, y por tanto expulsada del ordenamiento, que ya no es jurídicamente existente, pueda ser todavía aplicada e incluso anulada? Es verdad que los jueces aplican normas no "existentes" en el ordenamiento cuando (en virtud, por ejemplo, de una norma de derecho internacional privado) deciden sobre la base de normas pertenecientes a ordenamientos distintos. Pero las normas de otros ordenamientos no son susceptibles de anulación.

La segunda solución produce el efecto, no menos extraño, de configurar el ordenamiento de forma que está siempre poblado de normas ya derogadas. ¿No es extraño que continúen "existiendo" en el ordenamiento, formando parte del mismo, innumerables normas derogadas incluso desde hace mucho tiempo y ya no aplicables por falta de supuestos de hecho?

6. Normas eficaces y normas ineficaces

Naturalmente, el conjunto de las normas existentes en un sistema jurídico es atravesado diagonalmente por dos subconjuntos complementarios:

1) el conjunto de las normas (sean válidas o inválidas, poco importa) eficaces, esto es, efectivamente aplicadas por los órganos administrativos y (sobretodo) jurisdiccionales;[21]

2) el conjunto de las normas (válidas e inválidas) ineficaces, esto es, no aplicadas.

Por otra parte, debe observarse incidentalmente que el conjunto de las normas eficaces no necesariamente se agota en un subconjunto de las normas existentes en el ordenamiento. Ya sea porque los órganos jurisdiccionales (de forma absolutamente legítima) aplican normas propias de otros ordenamientos (por ejemplo, cuando es requerido por una norma de derecho internacional privado). Ya sea porque los órganos aplicadores (ilegítimamente) aplican normas "inexistentes".

Notas

1. Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. V.
2. En la literatura, se habla de "existencia" de normas en más acepciones. (a) Unas veces la existencia de normas es identificada con su "obligatoriedad" o "fuerza vinculante". (b) Otras veces se dice que existe en un ordenamiento cualquier norma que "pertenezca" al mismo; por otra parte, algunos hacen depender la "pertenencia" (b1) de la promulgación o, en cambio, (b2) de la validez en sentido pleno (ausencia de vicios). (c) Unas veces la existencia de una norma es identificada con su efectiva aceptación por parte de los destinatarios. (d) Otras veces se dice que existe cualquier norma que sea de hecho aplicada por los órganos aplicadores.
3. Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, espec. cap. VII; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Ferrero, Madrid, 1979, espec. cap. VII.
4. Es un postulado del positivismo jurídico que ninguna norma que no haya sido (formulada y) "puesta" puede considerarse jurídica, es decir, perteneciente al (a un) ordenamiento jurídico. Como dice Kelsen, retomando un lema de W. Dubislav, "Kein Imperativ ohne Imperator": H. Kelsen, "Derecho y lógica" (1965), trad. cast. a cargo de J.C. Gardella, en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988. Al respecto: M. Troper, "Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit", en P. Amselek, Ch. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989, 53 ss. Cfr. también R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, 29, 64 s., 268.
5. Por simplicidad del discurso, hago aquí abstracción de las normas consuetudinarias o de aquellas que provienen de fuentes extra ordinem (R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. XIX).
6. Entre las normas sobre la producción jurídica, entendidas en sentido amplio, se pueden también incluir –es más, es conveniente hacerlo– las normas que precluyen a una fuente inferior la asunción de un determinado contenido: por ejemplo, las normas constitucionales que confieren derechos de libertad, que, en regímenes de constitución rígida, precluyen a las leyes asumir un contenido lesivo de los derechos conferidos. Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., cap. III; Id., "In tema di norme sulla produzione giuridica", en *Analisi e diritto*, 1995.
7. Sobre la noción de eficacia, R. Guastini, "Efficacia", en A. Belvedere et al., *Glossario*, Milano, 1994, 127 s.
8. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien, 1971; trad. cast., *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, 57 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, n. 9, 1991.
9. R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, 11 ss., 83 ss.; Id., "Production of Rules by Means of Rules", en *Rechtstheorie*, 1986, 295-309; reed. en M. Jori (ed.), *Legal Positivism*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1992; Id., "A Framework for the Analysis of Judicial Discourse", en C. Faralli, E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984, vol. I, Milano, 1987, 281-300; Id., "Introduzione alle tecniche interpretative", in M. Bessone, R. Guastini (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994.

10. Cfr. R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", cit.
11. Sobre la noción de anulación: V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1975, 387 ss. Entre lo más reciente, véase: R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 251 ss.
12. Sobre la jurisdicción constitucional en Francia: F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, 1980; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, III ed., Paris, 1993.
13. Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 393 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 255 ss.
14. Sobre el "judicial review" en los Estados Unidos, cfr. J.E. Nowak, R.D. Rotunda, J. Nelson Young, *Constitutional Law*, II ed., St. Paul (Minn.), 1983.
15. Un mapa de los problemas teóricos ligados a la derogación puede encontrarse en J. Aguiló Regla, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México D.F., 1995; Id., "Abrogazione. Progetto per una voce d'enciclopedia", en *Analisi e diritto*, 1994. Un texto importante en la materia es: L.M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990.
16. R. Guastini, "In tema di abrogazione", en C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987; Id., "A Theory of Derogation (with Special Reference to Italian Law)", en A.A. Martino, F. Socci Natali (eds.), *Automated Analysis of Legal Texts*, cit.
17. Cfr. H. Kelsen, "Derogación" (1962), trad. cast. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 21, 1976; Id., "Derecho y lógica", cit.; E. Bulygin, "Tiempo y validez", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 195 ss.; J.J. Moreso, "Sobre normas inconstitucionales", en *Revista española de derecho constitucional*, 38, 1993, 81 ss.
18. Normalmente, dado que no está excluido que también la derogación opere *ex tunc*: es lo que sucede, en virtud del principio "favor rei", en el caso de las normas de derecho penal; y es lo que sucede también siempre que el legislador decide conferir eficacia retroactiva a las normas derogatorias (lo que es legítimo donde el principio de irretroactividad no tenga rango constitucional).
19. Normalmente, dado que no está excluido que la anulación despliegue sus efectos a partir de un momento posterior al de la entrada en vigor de la norma anulada (y esto sucede, por ejemplo, en el caso de la invalidez sobrevenida); como tampoco está excluido que el propio juez constitucional pueda, discrecionalmente, conferir a su decisión efectos sólo para el futuro.
20. Cfr., por ejemplo, F. Sorrentino, "L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 3 ss.; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., cap. XIX.
21. Sobre la noción de eficacia: A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, espec. cap. II; trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1994, espec. cap. II; Id., *Directives and Norms*, London, 1968, cap. IV; trad. cast., *Lógica de las normas*, a cargo de J.S.P. Hierro, Madrid, 1971, cap. IV; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, espec. 138 ss.; trad. cast., *Teoría general del derecho y del estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1979, espec. 164 ss.; P.E. Navarro, "Normas, sistemas jurídicos y eficacia", en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, n. 64, 1990, 41-54; Id., *La eficacia del derecho*, Madrid, 1990.

V

Perspectiva dinámica de los ordenamientos

1. Variedad de actos normativos

Desde un punto de vista diacrónico, todo ordenamiento se presenta como (el resultado de) una sucesión dinámica de actos normativos.

En el lenguaje jurídico común, por 'acto normativo' se entiende todo acto, procedimiento o documento que produzca o exprese normas (o fragmentos de normas).[1] En el lenguaje de la teoría general del derecho, la expresión 'acto normativo' es usada más bien para designar cualquier acto lingüístico que produzca normas.[2] En este contexto, es conveniente usar la expresión 'acto normativo' en un sentido algo más amplio, para referirse a todo acto, procedimiento o documento que modifique el sistema jurídico existente.

Circunscribiendo el discurso al dominio de las fuentes del derecho, esto es, a aquellos actos y documentos normativos que están habilitados para "disponer", en cuanto cosa distinta de "proveer",[3] resulta de cuanto se ha dicho que todo ordenamiento es el resultado de, al menos, cuatro tipos de actos normativos: *1)* actos que crean normas; *2)* actos que convalidan normas; *3)* actos que anulan normas; *4)* actos que derogan normas.

2. Creación de normas

A menudo, en la literatura teórico-general, la producción o creación normativa es identificada, de forma muy simple, con un acto de lenguaje: el acto de pronunciar un enunciado pres-

criptivo; esto es, el acto de formular una norma.[4] A su vez, este acto de lenguaje es llamado, a veces, "promulgación",[5] como si promulgar una norma no fuese distinto de formularla. Por otro lado, el concepto de promulgación, muchas veces, es más exhibido que analizado: como si se tratara de un concepto simple e intuitivo. Pero, con una mirada más atenta, se observa que las cosas no son así en absoluto.

Para empezar, como ya se ha dicho, la creación de una "norma" sin ulteriores especificaciones debe ser distinguida claramente de la creación de una "norma jurídica" o, para decirlo mejor, de la introducción de una norma en un ordenamiento jurídico.[6] Dicho de otro modo, es necesario distinguir la existencia "empírica" de una norma de su existencia "jurídica" o pertenencia a un ordenamiento.

La creación "empírica" de una norma no es nada distinto de su formulación en un lenguaje. En cambio, la creación "jurídica" de una norma es algo que depende esencialmente de las normas sobre la producción jurídica propias de cada ordenamiento. De modo que es lícito preguntarse si el concepto de "producción jurídica" es un concepto teórico-general o bien se trata de una noción de derecho positivo que sólo con mucha cautela puede ser generalizada.

Por otro lado, en todo ordenamiento, los distintos órganos investidos de competencias normativas crean no ya, genéricamente, "normas", sino más bien "fuentes" de distintos tipos, cada una de las cuales está dotada de un particular "*nomen iuris*", al que corresponde un régimen jurídico específico.[7] Ahora bien, ocurre que los procedimientos de creación de las distintas fuentes (leyes constitucionales, leyes ordinarias, reglamentos, etcétera) son diferentes. Por tanto, tampoco en el interior de cada ordenamiento concreto, la creación normativa parece ser un concepto unitario.

En muchos ordenamientos jurídicos (si no en todos), la creación de una fuente no se reduce a un solo acto, sino que consiste más bien en un procedimiento, es decir, en una secuencia de muchos actos distintos. Por ejemplo, se puede decir (simplificando un poco) que, en el derecho italiano vigente, la creación de una norma legislativa consiste en un triple acto lingüístico: *a)* la formulación de un texto normativo; *b)* la deliberación del texto por parte del órgano legislativo; y finalmente, *c)* la promulgación.

Mediante su formulación, la norma adquiere "existencia empírica": según un postulado del positivismo jurídico (o, quizás, del no-cognoscitivismo ético), no puede existir ninguna norma que no haya sido formulada mediante un acto lingüístico (en este sentido, no hay norma *in natura*, no hay normas en las "cosas").[8] Pero la norma es introducida en el ordenamiento, adquiere "existencia jurídica", a través de la deliberación y de la promulgación.

Por otra parte, la promulgación parece ser un concepto de derecho positivo, más bien que una noción teórico-general. Tanto es así que, en el lenguaje jurídico italiano, sólo las "leyes" son objeto de "promulgación" (arts. 72, 74, 87.5, 127.2, 138.2, const. it.), de forma que, en rigor, el concepto no puede ser generalizado.

Probablemente, para captar la naturaleza del acto de promulgación, conviene observar las fórmulas de promulgación que están positivamente previstas en los distintos ordenamientos y son concretamente usadas por los órganos competentes para promulgar.[9]

En el derecho italiano vigente, por ejemplo, la fórmula de promulgación de las leyes ordinarias estatales es establecida por el art. 1.1 del D.P.R. 1092/1985 en estos términos: «La Cámara de los Diputados y el Senado de la República han aprobado; el Presidente de la República promulga la siguiente ley: [sigue el texto de la ley]. La presente ley, provista del sello del Estado, será incluida en el Repertorio oficial de los actos normativos de la República italiana. Es obligación de todos sus destinatarios observarla y hacerla observar como "ley del Estado"».

Se puede decir, pues, que en el derecho italiano la promulgación de una ley consiste: *a)* en la declaración de que las Cámaras han aprobado la ley; *b)* en el mandato de publicar la ley; y finalmente, *c)* en el mandato de observar la ley, dirigido a todos sus destinatarios. Vale la pena mencionar, como inciso, que el mandato de observar la ley no es más que una metanorma que itera o repite las normas promulgadas, una metanorma que obliga a obedecer las normas promulgadas.

No obstante, conviene insistir en ello, este concepto no puede ser generalizado: se refiere a un tipo de fuente determinado, dentro de un ordenamiento específico.

Sea como sea, al menos en algunos ordenamientos y al menos para algunas fuentes, la formulación es algo bastante distinto

de la promulgación. Y en todo caso la producción normativa no se agota ni siquiera en la promulgación. La promulgación no es más que uno –sólo uno– de los diversos actos que, en su conjunto, terminan en la creación de una norma.

2.1. Creación de normas individuales

Es conveniente mencionar al menos dos cuestiones, que sin embargo no pretendo tratar ampliamente en este lugar. En la literatura teórico-general, la legislación es a menudo asimilada, por un lado, a la jurisdicción, por otro, a la autonomía privada. También la jurisdicción y la autonomía privada –se dice– son, como la legislación, actos de creación normativa. La legislación es típicamente (si bien, no necesariamente) creación de normas generales y abstractas; la jurisdicción y la autonomía privada son actividades creadoras de normas individuales y concretas.

1) *Autonomía privada.* La semejanza entre la legislación y los actos de autonomía privada (especialmente, los contratos)[10] es, en realidad, un bastante superficial. Al menos por tres razones.

En primer lugar, los actos de autonomía privada pueden sólo producir normas individuales y nunca normas generales.

En segundo lugar, las normas creadas por actos de autonomía privada tienen una eficacia limitada a las partes y nunca una eficacia general, *erga omnes.*[11]

En tercer lugar, los actos de autonomía privada crean normas, precisamente, "autónomas", mientras que la legislación –incluso en un ordenamiento de tipo democrático-representativo– es creación de normas "heterónomas" (bajo este punto de vista, la autonomía privada puede ser asimilada a la legislación sólo en los regímenes de democracia directa).

2) *Jurisdicción.* El acto jurisdiccional de aplicación de una norma general a un caso concreto puede ser concebido de dos formas alternativas.

Según algunos, la aplicación de una norma general a un caso concreto constituye, al mismo tiempo, creación de derecho, ya que desemboca en la producción de una norma individual.[12]

Según otros, en cambio, la aplicación de una norma general a un caso concreto consiste en una simple deducción lógica: es un acto de conocimiento, no un acto de voluntad. Es cierto que la conclusión de esta deducción es una norma individual, pero esta norma individual, estando lógicamente implicada por la norma general preexistente, no puede considerarse una norma "nueva", creada por el órgano de aplicación. La creación de una norma, en efecto, constituye además creación de todas sus consecuencias lógicas. La norma individual es formulada (explicitada) por el juez, pero no creada *ex novo.*[13]

Quizás se puede evitar el dilema observando simplemente que la aplicación de una norma general a un caso concreto no es reducible a un solo acto de lenguaje, sino que es, en cambio, el resultado de (al menos) dos actos de lenguaje netamente distintos:

a) el acto lingüístico que consiste en deducir una norma individual a partir de una norma general (en conjunción con el enunciado que describe y/o califica el supuesto de hecho), y

b) el acto lingüístico que consiste en dictar esta norma individual.

La deducción provee el "contenido" de la norma individual, pero es necesario, sin embargo, un acto de "creación normativa" para introducir esa norma en el ordenamiento. Si ese acto de creación fuese superfluo sería igualmente superflua la propia función jurisdiccional.[14]

Es necesario añadir que, en muchos ordenamientos, también las decisiones jurisdiccionales –como los actos de autonomía privada– pueden producir únicamente normas individuales dotadas de eficacia circunscrita a las partes.[15]

3. Convalidación de normas

La convalidación de normas –noción completamente ignorada por la literatura teórico-general– es típicamente un acto jurisdiccional. Es un ejemplo paradigmático de convalidación el acto mediante el cual un juez constitucional rechaza –de forma definitiva y con eficacia *erga omnes*– una cuestión de legitimidad constitucional.

Todo acto de convalidación puede ser analizado bajo dos puntos de vista: bajo el punto de vista de su contenido y bajo el punto de vista de sus efectos "sistémicos".

a) Desde el punto de vista del contenido, la convalidación se presenta como reconocimiento ("declaración") de la validez de una norma.

b) Desde el punto de vista de sus efectos, la convalidación produce ("constitutivamente") la inclusión de la norma en cuestión en el conjunto (no ya de las normas válidas, sino) de las normas convalidadas que, como tales, ya no son susceptibles de invalidación (salvo el caso de la invalidez sobrevenida).

Las normas convalidadas deben ser distinguidas de las normas válidas. Una norma es válida si, y sólo si, responde a los criterios de validez del ordenamiento. Una norma es convalidada si, y sólo si, ha sido juzgada como válida (convalidada, precisamente) por un órgano competente para juzgar la validez de las normas.

Reconocer una norma como válida ("adscribir" validez a una norma) es un juicio de validez, que supone obviamente el uso de los criterios de validez del ordenamiento: es por tanto, como se suele decir, un juicio "desde el punto de vista interno". Reconocer una norma como convalidada, en cambio, es una descripción de un juicio de validez de otro (un juicio de validez pronunciado por un órgano competente para juzgar la validez de las normas): se trata, pues, de una afirmación "desde el punto de vista externo".[16]

Por otra parte, como ya se ha mencionado, no todos los ordenamientos jurídicos prevén actos de convalidación. En el derecho italiano vigente, por ejemplo, las decisiones "desestimatorias" del Tribunal constitucional no tienen –según la doctrina dominante– eficacia general. Esas decisiones no declaran la norma impugnada positivamente válida; se limitan a rechazar la duda o la cuestión de legitimidad constitucional.[17] Por tanto, no se puede decir que la norma en cuestión ha sido definitivamente convalidada: la norma conserva su *status* de norma jurídicamente existente, perteneciente al ordenamiento y, por ello, eficaz; pero no está excluido que, posteriormente, pueda ser expulsada del ordenamiento (mediante una decisión de ilegitimidad constitucional).

4. Anulación de normas

La anulación o "invalidación" de normas es un acto simétrico –igual y contrario– al acto de convalidación. También aquél

es un acto típicamente jurisdiccional. Un ejemplo paradigmático: el acto con el que el juez constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una norma legislativa (o también, en el derecho italiano vigente, el acto con el que un juez administrativo declara la ilegitimidad de una norma reglamentaria).

También la anulación, como la convalidación, puede ser analizada bajo dos puntos de vista distintos: desde el punto de vista del contenido y desde el punto de vista de sus efectos "sistémicos".[18]

a) Desde el punto de vista del contenido, la anulación se presenta como reconocimiento (como "declaración") de la invalidez de la norma en cuestión.

b) Desde el punto de vista de los efectos, la anulación produce la expulsión de la norma inválida (no ya del conjunto de las normas válidas, sino) del conjunto de las normas "existentes" en el ordenamiento. En consecuencia, la norma en cuestión pierde completamente su "eficacia", su aplicabilidad, su capacidad de producir efectos jurídicos: normalmente a partir del momento en que se ha producido la invalidez (puede tratarse de una invalidez "originaria" o de una invalidez "sobrevenida").

Por otra parte, como ya se ha mencionado, no se puede hablar de anulación de normas (legislativas) en aquellos sistemas constitucionales en los que –como sucede en Francia– el control de legitimidad constitucional se realiza *a priori*, esto es, antes de que la norma en cuestión sea promulgada y, por tanto, antes de que adquiera "existencia" en el ordenamiento. Tampoco se puede hablar de anulación de normas en aquellos sistemas constitucionales en los que –como sucede en los Estados Unidos– simplemente no hay juez constitucional, de forma que las decisiones de ilegitimidad constitucional pueden ser tomadas, de modo "difuso", por cualquier juez pero están desprovistas de eficacia general, *erga omnes*.

5. Derogación de normas

La naturaleza de los actos derogatorios es controvertida. Generalmente, en la literatura teórico-general, la derogación es configurada como revocación de la validez de una norma: de forma que no se distingue en nada de la anulación.[19] En Italia, la doctrina –con el apoyo de la jurisprudencia constitucional–

se inclina más bien a configurar la derogación como limitación del ámbito temporal de eficacia de una norma:[20] al menos, por la razón de que una norma legislativa derogada es aun susceptible de anulación por el Tribunal constitucional. A favor de esta segunda tesis existen al menos dos buenos argumentos.

1) En primer lugar, no se percibe qué relación puede haber entre la derogación y la validez en sentido estricto. En especial, no se percibe cómo la validez puede ser suprimida o revocada.

(Recuérdese que la anulación no se asimila a la "revocación" de la validez sino al "reconocimiento" de la invalidez preexistente. Es decir, la anulación no sustrae la validez de una norma sino su existencia jurídica: la norma anulada es expulsada del conjunto de las normas pertenecientes al ordenamiento.)

Se puede decir, con alguna simplificación, que la validez de una norma depende: *a)* desde el punto de vista formal, de la conformidad del procedimiento de creación de esa norma a las normas sobre la producción jurídica; *b)* desde el punto de vista sustancial, de la compatibilidad de esa norma con las normas superiores en la jerarquía de las fuentes. En otros términos, la validez depende de la relación –absolutamente objetiva e intemporal– de una norma con otras normas (lógica o materialmente) superiores.

En resumen: una norma es válida si, y sólo si, responde a los criterios de validez propios de un determinado ordenamiento. Sobre la validez de una norma –como sobre la verdad de una proposición– no tienen ningún peso las opiniones o las decisiones de nadie. La validez, de la misma forma que no puede ser conferida a una norma inválida, tampoco puede ser sustraída a una norma válida.

Esto no significa, en realidad, que la validez sea una propiedad que, una vez adquirida, no pueda perderse.

Una norma válida no puede perder su validez por razones "formales", esto es, a causa de un cambio de las normas que regulan su producción jurídica. Según un punto de vista ampliamente difundido, "tempus regit actum": esto es, todo acto de producción jurídica está gobernado por las normas que estaban en vigor en el momento en que el acto fue realizado. El cambio de estas normas no tiene ninguna influencia sobre la validez del acto normativo, ya realizado, y sobre las normas, ya existentes, que ese acto ha producido.

En cambio, una norma válida puede perder su validez por razones "sustanciales", esto es, a causa de un cambio de las normas jerárquicamente superiores a ella. Por ejemplo, una norma de rango legislativo puede perder su validez a causa de una mutación constitucional o de una revisión de la constitución: es lo que se llama, en el lenguaje jurídico, "ilegitimidad constitucional sobrevenida". Pero, aún en este caso, la invalidez depende del hecho de que la norma en cuestión (ya) no responde a los criterios de validez del ordenamiento y no del hecho de que alguien haya decidido revocar su validez.

2) En segundo lugar, la derogación se distingue de la anulación por un aspecto importante. La anulación consiste, a grandes rasgos, en la "cancelación" de una norma: y nada más. La derogación no consiste en absoluto en la simple "cancelación" de una norma preexistente. Toda forma de derogación exige el dictado de una nueva norma: la derogación, a diferencia de la anulación, no es un acto jurisdiccional sino "normativo" en sentido estricto (productor de normas).[21]

Hay que distinguir, sin embargo, entre la derogación expresa y la derogación tácita (o implícita).

La derogación tácita se realiza mediante el dictado de una norma que regula de una forma nueva y distinta el mismo supuesto de hecho ya regulado por otra norma preexistente: la nueva regulación, precisamente, en virtud del principio "lex posterior derogat priori", produce la derogación de la vieja norma. En este caso, la norma preexistente no es sólo (de forma absolutamente implícita) cancelada sino también sustituida.

La derogación expresa, en cambio, consiste en el dictado de una norma meramente derogatoria, esto es, de una norma del tipo: "El artículo x de la ley y queda derogado". Esta forma de derogación cancela una norma preexistente –junto con la disposición que la expresa– sin sustituirla en forma alguna por una nueva norma. Pero, también en este caso, la derogación es siempre un acto de creación normativa, ya que consiste precisamente en la producción de una norma derogatoria.

Notas

1. Cfr. V. Crisafulli, "Atto normativo", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 238 ss.
2. Cfr. R, Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, 239 ss.; Id. "Concetti e criteri di validità", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 867 ss.; Id., "Intorno all'uso di 'norma' nel linguaggio giuridico", en *Nuova civiltà delle macchine*, 3-4, 1985, 47-54.
3. La distinción entre "disponer" y "proveer" es recurrente en las obras de V. Crisafulli.
4. Cfr., por ejemplo, G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, 116 ss.; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Farrero, Madrid, 1979, 131 ss.
5. Cfr., por ejemplo, G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cit., *passim*; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., *passim*; P.E. Navarro, "Promulgazione e abrogazione di norme giuridiche", en *Analisi e diritto*, 1993; J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, 1993, cap. IV.
6. Es habitual atribuir originalmente a H.L.A. Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. cast., *El concepto de derecho*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1992) la idea de que las normas jurídicas se distinguen de las normas de otros tipos no en virtud de su estructura o de su contenido sino en virtud de su pertenencia a un ordenamiento, este sí, jurídico (cfr., por ejemplo, C.S. Nino, "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", en *Anuario de filosofía jurídica y social*, 1985, n. 5, 75 ss.). En realidad, esa idea es originalmente de N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; trad. cast., *Teoría general del derecho*, a cargo de E. Rojo Acuña, Madrid, 1990.
7. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 30.
8. La idea de que hay normas ya dadas "en las cosas" es la contraseña de una importante variante del iusnaturalismo. Véase un ejemplo en M. Villey, "Le droit dans les choses", en P. Amselek, Ch. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989, 11 ss.
9. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, Paris, 1920, vol. I, espec. 403 ss.
10. Sobre esa semejanza insisten, por ejemplo, H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934); trad. inglesa a cargo de B. Litschewski y S.L. Paulson, Oxford, 1992, 69 s.; trad. cast., *La teoría pura del derecho* (1934), México D.F., 1979, 117 ss.; y H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., cap. V.; trad. cast., *El concepto de derecho*, cit., cap. V.; cfr. también N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London, 1981, cap. 6.
11. Véase la fórmula del art. 1372 del código civil italiano: «El contrato tiene fuerza de ley *entre las partes*».
12. Este punto de vista es recurrente en las obras de Kelsen. Cfr., por ejemplo, H. Kelsen, "Derecho y lógica" (1965), trad. cast. en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988; Id., *General Theory of Norms*, Oxford, 1991, cap. 58; trad. cast., *Teoría general de las normas*, a cargo de H.C. Delory Jacobs, México D.F., 1994, cap. 58.
13. Cfr., por ejemplo, E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación del derecho" (1967), en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; Id., "Sull'interpretazione giuridica", en *Analisi e diritto*, 1992.

14. El discurso sobre la creación de normas individuales debería ser complementado con un análisis de los actos administrativos, si bien estos son habitualmente olvidados en la literatura teórico-general. A primera vista, parece, en efecto, que el modelo silogístico de aplicación del derecho que vale para los actos jurisdiccionales no puede ser extendido a los actos administrativos en cuanto que estos son fruto de "discrecionalidad administrativa". Cfr. Ch. Eisenmann, "Le droit administratif et le principe de légalité", en *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 11, 1957, 25 ss.
15. Véase la formula del art. 2909 del código civil italiano: «El fallo contenido en una sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada produce efectos entre las partes, sus herederos y causahabientes»
16. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., espec. caps. IV y V; trad. cast., *El concepto de derecho*, cit., espec. caps. IV y V; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, cap. VII; R. Guastini, "L'illegitimità delle disposizioni e delle norme", en *Analisi e diritto*, 1992, 199 ss.
17. Queda la posibilidad de reproducir la misma cuestión (argumentando la duda de legitimidad constitucional de forma más persuasiva) y también la posibilidad de suscitar sobre la misma norma una cuestión distinta. Una "cuestión" de legitimidad constitucional es identificada por la conjunción de dos elementos: (a) la norma legislativa de la que se sospecha su inconstitucionalidad; (b) la norma constitucional que se sospecha que ha sido violada. Una norma legislativa, aunque no esté en contradicción con una determinada norma constitucional, podría no obstante revelarse en contradicción con una norma constitucional distinta.
18. R. Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 1992, 162 ss.
19. Cfr. H. Kelsen, "Derogación", trad. cast a cargo de A. Ortiz, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 21, 1976; Id., *General Theory of Norms*, cit., 106 ss.; trad. cast., *Teoría general de las normas*, cit., 115 ss.; C.E. Alchourrón, "Normative Order and Derogation", en A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, vol. II, Amsterdam, 1982; E. Bulygin, "Tiempo y validez", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 195 ss.; J.J. Moreso, "Sobre normas inconstitucionales", en *Revista española de derecho constitucional*, 38, 1993; D. Mendonca, "Atti di abrogazione e norme abrogatrici", en *Analisi e diritto*, 1993; C. Luzzati (ed.), *In tema di abrogazione. Un dibattito analitico*, cit.
20. V. Crisafulli, "Incostituzionalità o abrogazione?", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1957; C. Mortati, "Abrogazione legislativa e instaurazione costituzionale", en *Rivista di diritto processuale*, 1957; C. Esposito, "Illegitimità costituzionale e abrogazione", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1958; S. Pugliatti, "Abrogazione", en *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958; F. Sorrentino, "L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico", cit., espec. 20; A. Ruggeri, "In tema di abrogazione ed anullamento", en Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987/91*, Torino, 1992.
21. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., cap. XIX; Id., "Abrogazione", en A. Belvedere et al., *Glossario*, Milano, 1994.

VI

Jerarquías normativas y normas supremas

1. La concepción estándar

Según una opinión muy difundida, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos

a) provistos de una estructura jerárquica,

b) en cuyo vértice figura una norma "última" y "suprema".

Este punto de vista no es convincente.

En primer lugar, la noción de estructura jerárquica no puede ser tratada como una noción unívoca y no problemática, ya que en los ordenamientos jurídicos evolucionados se entrelazan una multiplicidad de relaciones jerárquicas entre normas.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, no es en absoluto pacífico que en el vértice de cada ordenamiento figure una sola norma: la norma suprema es una variable que depende del tipo de relaciones jerárquicas a las que se hace referencia.

2. Variedad de jerarquías normativas

La noción de jerarquía normativa no es unívoca. En todos los ordenamientos jurídicos evolucionados las normas están ligadas entre ellas por *múltiples* vínculos de "jerarquía".[1] Se pueden distinguir no menos de cuatro tipos de jerarquías normativas:

1) *Jerarquías estructurales o formales*: son aquellas que se dan entre las normas "secundarias" sobre la producción jurídica y las normas "primarias" cuya producción está regulada por aqué-

llas (éstas y aquéllas son producidas por dos poderes normativos distintos, debiendo uno de ellos su fuente de legitimidad al otro).

Por ejemplo: (incluso en un régimen de constitución flexible) las normas constitucionales son estructuralmente superiores a las normas legislativas; las normas de una ley de delegación son estructuralmente superiores a las normas de los decretos legislativos.

Las jerarquías estructurales no son fruto de decisiones positivas: derivan de la propia estructura del lenguaje jurídico. Las normas sobre la producción jurídica son superiores a las normas cuya producción regulan en el sentido de que son lógicamente anteriores a éstas. Las normas "secundarias" no son superiores a las "primarias" en virtud de una (ulterior) norma positiva que establezca esa superioridad, sino en virtud del hecho de que unas tienen por objeto a las otras (o, más precisamente, a los actos productores de las otras).

2) *Jerarquías materiales*: son aquellas que se dan entre dos normas, N_1 y N_2, cuando una tercera norma positiva, N_3, establece que una de ellas, supongamos N_2, no puede ser incompatible con N_1, o bien que N_2 es susceptible de inaplicación y/o de anulación en caso de que entre en conflicto con N_1.[2]

Por ejemplo: en un régimen de constitución rígida (pero no en un régimen de constitución flexible), las normas constitucionales son materialmente superiores a las normas legislativas ordinarias; en general, las normas de rango legislativo son materialmente superiores a las normas de rango reglamentario.

Normalmente, toda jerarquía material refleja una jerarquía formal, pero no toda jerarquía formal se puede reducir a una jerarquía material. Por ejemplo, en un régimen de constitución flexible las normas de rango legislativo están estructuralmente, pero no materialmente, subordinadas a las normas constitucionales (al menos, a las normas constitucionales sobre la legislación).

Si las jerarquías estructurales dependen de la estructura del lenguaje jurídico, las jerarquías materiales, en cambio, dependen del derecho positivo: subsisten en la medida que existan normas positivas (eventualmente implícitas) que las establezcan.

3) *Jerarquías lógicas*: son aquellas que se dan entre dos normas cuando una versa (metalingüísticamente) sobre la otra.

Por ejemplo: las normas sancionadoras son lógicamente superiores a las normas de conducta; las normas derogatorias son lógicamente superiores a las normas por ellas derogadas; las definiciones son lógicamente superiores a las normas que contienen el término definido; las leyes de interpretación auténtica son lógicamente superiores a las leyes interpretadas; las normas que determinan el ámbito de eficacia de otras normas son lógicamente superiores a estas últimas.

Si se usa una noción de metanorma suficientemente amplia como para incluir las normas que versan (no propiamente sobre normas sino) sobre actos normativos,[3] es decir, las normas sobre la producción jurídica, entonces toda jerarquía formal o estructural es también una jerarquía lógica. En cambio, no todas las jerarquías lógicas son también jerarquías estructurales: no hay ninguna jerarquía estructural, por ejemplo, entre normas derogatorias y normas derogadas, o entre leyes interpretativas y leyes interpretadas.

Tampoco las jerarquías lógicas, como las estructurales, son fruto de decisiones positivas, sino que dependen de la estructura lógica del lenguaje jurídico.

4) *Jerarquías axiológicas*: son aquellas que se dan entre dos normas cuando una de ellas es fundamento de la otra o, más en general, cuando una de ellas tiene valor de "principio" y la otra tiene valor de "simple norma". Por ejemplo: principios fundamentales de una materia dada y sus respectivas normas de detalle.[4]

A veces las jerarquías axiológicas se reflejan en otras tantas jerarquías materiales (esto sucede, por ejemplo, cuando los principios de los que se habla están contenidos en una constitución rígida). Pero no siempre una jerarquía axiológica es también una jerarquía material (en el ordenamiento italiano, por ejemplo, no existe una jerarquía material entre el principio general de irretroactividad de las leyes, establecido por una norma de rango legislativo, el art. 11.1, disp. prel. cod. civ. it., y las propias leyes).

3. Norma suprema: una noción confusa

La noción habitual de norma suprema es bastante confusa. Se tiende, en efecto, a concebir la norma suprema de un ordenamiento como una oscura *mélange* de tres normas distintas:

1) la norma que confiere poder normativo a los autores de la (primera) constitución (Kelsen);

2) la norma que obliga a (establece la obligación de) obedecer las normas válidas (también Kelsen);

3) la norma que permite identificar las normas válidas (Kelsen y, sobretodo, Hart).

Se trata de tres normas distintas, ya que:

a) La norma (1) es una norma de competencia: una norma que confiere poder.

b) La norma (2), en cambio, es una norma de conducta (una obligación). Obsérvese, sin embargo, que se trata de una norma de conducta muy peculiar. Ante todo, es una metanorma, ya que versa sobre otras normas (las normas válidas, de las que obliga a su obediencia). Además, es una norma "iteradora", ya que repite –precisamente, itera– las obligaciones que ya establecen las propias normas válidas. Finalmente, por esta razón, es una norma vacía de contenido: no establece otra obligación que la de cumplir otras obligaciones no especificadas y, en cualquier caso, preexistentes.

c) La norma (3), finalmente, es una definición de 'norma válida'.

Para devanar esta madeja, conviene partir de la pluralidad de jerarquías normativas. La distinción entre cuatro tipos de jerarquías sugiere cuatro distintas interpretaciones de la noción de norma suprema.

4. Norma suprema y jerarquías estructurales

En primer lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma de mayor rango desde el punto de vista estructural o formal, es decir, con la norma que confiere el poder normativo más alto.

Si circunscribimos el discurso al horizonte de las normas *positivas*, y, por ello mismo, de los poderes *constituidos*, en los ordenamientos con una constitución rígida el poder normativo más alto es el poder de revisión constitucional; en los ordenamientos con una constitución flexible es el poder legislativo. La norma formalmente suprema será en consecuencia, según sea el caso, aquella que confiera el poder de revisión constitucional o aquella que confiera el poder legislativo.

Pero, después de todo, ¿por qué circunscribir el discurso a los poderes constituidos? Parece natural pensar que el poder normativo más alto en el ámbito de un ordenamiento jurídico sea, no ya el poder de revisión constitucional (que es, precisamente, un poder constituido), sino el propio poder constituyente. De modo que parece también natural pensar –como Kelsen– que la norma suprema de todo ordenamiento no sea una norma constitucional, positiva, sino una norma metaconstitucional, no positiva, no "puesta" sino presupuesta: en suma, aquella norma "fundamental" que confiere poder normativo a los autores de la constitución (o a los autores de la "primera" constitución histórica, en el caso de una secuencia temporal de constituciones, cada una de las cuales esté autorizada por la constitución precedente).[5]

Sin embargo, donde existiera una norma como esa, el poder constituyente dejaría de ser constituyente y sería degradado a poder constituido: constituido, precisamente, por la norma en cuestión. Una norma que confiera un poder constituyente, simplemente, no puede existir: es una noción autocontradictoria.

Naturalmente, si no existe una norma metaconstitucional que confiera poder a los autores de la (primera) constitución, entonces las normas de la constitución no tienen ningún fundamento de validez. Esta conclusión no debe sorprender: precisamente, las normas de la (primera) constitución no son válidas y, por otra parte, tampoco inválidas. Son normas "existentes", ni válidas ni inválidas.

Kelsen, al no distinguir entre validez y existencia, se equivoca precisamente en suponer que todas las normas existentes deben ser también válidas. Todo ordenamiento incluye, junto a las normas válidas, también normas "soberanas" o "independientes": y como tales ni válidas ni inválidas.

4.1. La confusión entre validez y existencia

Creo que la tesis de Kelsen nace de la confusión –conocidísima– entre validez y existencia (o pertenencia), en virtud de la cual no puede admitir que en un ordenamiento existan normas no-válidas y, en especial, normas "soberanas" o "independientes", esto es, ni válidas ni inválidas. Si validez es existencia, entonces no puede efectivamente existir una norma no-válida, es decir, no existente.

A este respecto, debe observarse que validez y existencia (o pertenencia) son nociones distintas.[6]

1) A grandes rasgos (dejando de lado, por razones de simplicidad, los criterios de validez de las normas implícitas), en los ordenamientos contemporáneos, o en gran parte de ellos, se llama válida a toda norma que:

a) haya sido producida formalmente de acuerdo a las normas sobre la producción jurídica –o metanormas– que regulan su producción (validez formal), y

b) no sea materialmente disconforme a las normas jerárquicamente superiores que limitan su posible contenido (validez material).

2) En cambio, se predica pertenencia a, o existencia en, un ordenamiento de toda norma que:

a) incluso a falta de validez material, esté, al menos *prima facie*, provista de validez formal (haya sido producida por una autoridad competente de acuerdo al menos con algunas de las normas procedimentales que regulan la producción normativa), o bien

b) incluso a falta de validez formal, de hecho haya adquirido vigencia, esto es, sea generalmente aceptada y observada por sus destinatarios (principio de efectividad).[7]

En consecuencia, no toda norma perteneciente a un ordenamiento es también válida en él. No son válidas, por ejemplo, las leyes inconstitucionales (que también pertenecen al ordenamiento hasta que no sean expulsadas por el órgano competente para ello). No son válidas, sobre todo, las normas que nacen de las fuentes llamadas *extra ordinem*, como por ejemplo una "primera" constitución instaurada por vía revolucionaria. Con una diferencia importante: las leyes inconstitucionales son *inválidas*, mientras que las normas de la "primera" constitución no son *válidas ni inválidas*.

5. Norma suprema y jerarquías materiales

En segundo lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma de rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento, es decir, con aquella norma a la que ninguna otra norma puede válidamente contradecir.

Desde este punto de vista, sin embargo, no parece que haya en los ordenamientos jurídicos una sola norma suprema. Hay, más bien, una *fuente* suprema: la constitución en los ordenamientos con una constitución rígida, la ley en los ordenamientos con una constitución flexible.

Es necesario insistir en que las normas de la constitución (o de la "primera" constitución, si se prefiere) son normas existentes en el ordenamiento, pertenecientes al mismo, y sin embargo no-válidas: más precisamente, *ni válidas ni inválidas*, es decir, "soberanas", "independientes".[8]

Ello es así por la simple razón de que todo juicio de validez o de invalidez hace referencia a una relación entre una norma determinada (de la que se predica la validez o invalidez) y otras normas superiores a ella: superiores desde el punto de vista estructural y desde el punto de vista material. Una norma, como ya se ha dicho, es válida cuando ha sido producida conforme a las normas (estructuralmente superiores) que regulan su creación y cuando no es incompatible con las normas (materialmente superiores) que condicionan su contenido. Pero en ningún ordenamiento hay normas sobre la producción constitucional (sobre la instauración de una nueva constitución) o normas superiores a la constitución, con cuya comparación pueda ser juzgada la validez o invalidez (formal o material) de la constitución.[9]

6. Norma suprema y jerarquías lógicas

En tercer lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma que se coloca en el nivel de lenguaje más alto respecto de todas las demás normas del ordenamiento.

Desde este punto de vista, la norma suprema parece ser aquella norma –metaconstitucional– que fija los criterios de existencia de todas las demás normas, esto es, la "regla última de reconocimiento". Obsérvese que la "norma" en cuestión es, propiamente, una regla conceptual, es decir, una definición.[10]

Debe observarse que la norma lógicamente suprema es aquella que establece los criterios de *existencia*, no de validez, de las normas. Los criterios de validez, en efecto, son normas (en sentido genérico) existentes, identificables mediante el uso de la regla de reconocimiento. Como tales, están lógicamente subordinadas a la regla de reconocimiento y, por lo tanto, no son en absoluto "supremas".

6.1. Punto de vista normativo y punto de vista cognoscitivo

Es una idea difundida, a partir de Hart, que los juicios de validez son "enunciados internos"; esto es, enunciados que presuponen la aceptación de la norma suprema del ordenamiento.[11] Es habitual denominar "punto de vista interno" al ángulo visual de aquellos que aceptan esa norma suprema.

De este modo, si se concibe la norma suprema como una norma de conducta, es natural que el "punto de vista interno" se configure como una actitud normativa (la aceptación de una norma de conducta, precisamente). Pero si se acepta que en la noción corriente de norma suprema se confunden una regla de conducta y una definición, se obtiene que la noción de "punto de vista interno" es una noción anfibia. Una cosa es asumir un punto de vista "interno" –si se puede decir así– respecto de una *definición* y otra asumir un punto de vista "interno" respecto de una *norma de conducta*.

Debemos pues distinguir:

a) aquel punto de vista que supone simplemente el uso del criterio (esto es, de la definición) de validez; y

b) aquel punto de vista que supone la aceptación ético-política de la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas.

Uno es un punto de vista "cognoscitivo". El otro es un punto de vista "normativo".[12] Los juicios de obligatoriedad, dado que se fundan en una norma, tienen carácter genuinamente *normativo*. Los juicios de validez, dado que se fundan en una definición, tienen un carácter de simple *reconocimiento*. Después de todo, se pueden "reconocer" las setas venenosas sin por ello "aceptar" comérselas. ¿Por qué el reconocimiento (de la validez) de normas debería ser distinto del reconocimiento de un *boletus satanas*?

7. Norma suprema y jerarquías axiológicas

En cuarto lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma axiológicamente más importante de todo el ordenamiento.

En el pensamiento jurídico común, sin embargo, cada ordenamiento incluye, no una única norma suprema en este sentido, sino más bien una serie de valores y/o principios axiológicamente supremos, los cuales confieren justificación y congruencia

a todo el ordenamiento. Por ejemplo, son considerados principios supremos del ordenamiento italiano: la soberanía popular, la tutela de los derechos humanos, la igualdad, etcétera.

Esos principios son llamados supremos (o fundamentales) en el doble sentido de que fundamentan ético-políticamente a las restantes normas del ordenamiento y no necesitan a su vez fundamento o justificación (quizás porque, desde el punto de vista del hablante, son autoevidentes, o quizás porque son generalmente aceptados en el seno de la comunidad política de que se trate).

7.1. La pretendida inmodificabilidad de los principios supremos

El conjunto de esos principios supremos es llamado por algunos "constitución (en sentido) material". De los principios en cuestión, normalmente, algunos están meramente implícitos en el ordenamiento, mientras que otros están expresamente formulados en el texto constitucional. Estos últimos –se sostiene– no son susceptibles de revisión constitucional.[13]

Esta tesis descansa sobre un argumento que puede ser reconstruido como sigue.[14]

La identidad ético-política de toda constitución yace en el conjunto de principios supremos que la caracterizan. De modo que alterar los principios en cuestión no sería distinto de la instauración de una nueva y distinta constitución. La *revisión* constitucional no puede, por lo tanto, avanzar hasta modificar los principios supremos de la constitución sin convertirse, por ello mismo, en una *instauración* constitucional.

Como es evidente, este argumento descansa a su vez sobre dos asunciones relacionadas entre sí.

La primera asunción es que una constitución no puede ser definida extensionalmente (esto es, por simple enumeración de las normas que la componen).

La segunda asunción –que se sigue de la primera– es la distinción conceptual entre revisión de la constitución existente e instauración de un nuevo ordenamiento constitucional.

Si, en efecto, se acoge una definición puramente extensional de la constitución, entonces toda revisión constitucional –toda modificación incluso de una sola norma de la constitución

existente– produce una nueva constitución.[15] De modo que los conceptos de revisión y de instauración constitucional se superponen por completo.

Naturalmente, no hay nada malo en preferir una definición intensional de la constitución, identificando cada constitución a partir de los principios supremos que la caracterizan. El único problema es que el predicado 'principio supremo' no denota una propiedad empírica, de forma que no hay otro modo de identificar un principio supremo que a través de un juicio de valor, como tal fatalmente controvertible.

Notas

1. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, 7 ss., 103 ss.; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Roma, 1984, 452 s.; trad. cast., *Lecciones de derecho constitucional*, a cargo de J. Jiménez Campo, Madrid, 1984; Id., "Cultura e politica nella produzione ed aplicazione del diritto", en *Quaderni costituzionali*, 10, 1990, 77 ss.; Id., "Fonti (sistema costituzionale delle)", en *Digesto*, IV ed. (Digesto delle discipline pubblicistiche, VI); G. Tarello, "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi", en *Politica del diritto*, 1977, 499 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 307 ss., 313 ss.; R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", en *Analisi e diritto*, 1992, 175 ss.; Id., *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Torino, 1992, 136 ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. IV; M. Troper, "La notion de principes supraconstitutionnels", en *Journées de la société de législation comparée*, 1993, 337 ss.; A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, sec. III.
2. Las jerarquías en cuestión son frecuentemente denominadas "formales", para subrayar el hecho de que están positivamente establecidas por normas sobre las fuentes. Yo prefiero, sin embargo, llamarlas "materiales" para subrayar el hecho de que no afectan a la forma de producción de las normas sino a su contenido.
3. Cfr. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, 1989, 19 ss.; R. Guastini, "Intorno all'uso di 'norma' nel linguaggio giuridico", en *Nuova civiltà delle macchine*, n. 11-12, 1985, 47-54; Id., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, cap. I.
4. Aludo aquí a la relación entre leyes estatales de principio y leyes regionales de detalle tal como se configuran en el art. 117.1, const. it.
5. H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), Oxford, 1992, 59 ss.; trad. cast., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), México D.F., 1979, 100 ss.; Id., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, 115 ss.; trad. cast., *Teoría general del derecho y del estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988, 135 ss.; Id., *Teoría pura del derecho* (1960), México D.F., 1986, 205 ss.; Id., *General Theory of Norms* (1979), Oxford, 1991, 252 ss.; trad. cast., *Teoría general de las normas*, a cargo de H.C. Delory Jacobs, México D.F., 1994, 248 ss.

6. R. Guastini, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, cap. V; Id., "Invalidità (atti normativi)", en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1994, 235 ss.
7. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 256 s.
8. R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, 31 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, 9, 1991, 257 ss.; J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 1993, 77 ss.
9. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, 274 ss.; Id., "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique" en M. Troper, L. Jaume (eds.) *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles-Paris, 1994, 222 s.
10. E. Bulygin, "Sobre la regla de reconocimiento", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, 383 ss.
11. Cfr., por ejemplo, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, cap. VII; Id., *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, 316 ss. Al respecto: G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 101 ss.; A. Ross, "Hart sobre el concepto de derecho" (1962), en P. Casanovas, J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994, 466 ss.; E. Bulygin, "Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 427 ss.; Id., "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 176 ss.
12. Algunas observaciones en N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London, 1981, 33 ss.; J. Raz, "The Purity of the Pure Theory", en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Clarendon, Oxford, 1986, 79 ss.; trad. cast., "La pureza de la teoría pura", en *Análisis filosófico*, n.1, 1981, 71 ss.; R. Vernengo, "Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements", ivi, 99 ss.
13. Léase por ejemplo el siguiente fragmento, extraído de la sentencia 1146/1988 del Tribunal constitucional italiano: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Son de este tipo tanto los principios que la misma constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139, Const. it.), como los principios que, aún no siendo expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Este Tribunal, por lo demás, ya ha reconocido en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha sostenido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular "cobertura constitucional" prevista en el artículo 7, párrafo segundo, Const. it., no se sustraen a la comprobación de su conformidad con los "principios supremos del ordenamiento constitucional" [...], sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sometida a la revisión de este Tribunal "en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana" [...]. No se puede, por tanto, negar que este Tribunal sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales tam-

bién respecto a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuese así, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente con relación a sus normas de más alto valor».

14. R. Guastini, "Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza", en *Ragion pratica*, 3, 1994, 245-255.
15. E. Bulygin, "Tiempo y validez", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 204 ss.

VII

Conocimiento sin aceptación

1. La validez según Scarpelli

(1.1) *Aceptación de normas.* La investigación de Scarpelli sobre la validez parte de la conocida distinción, propuesta por Hart, entre el "punto de vista interno" y el "punto de vista externo" acerca de las normas de conducta.[1] En la reconstrucción de Scarpelli (quizás más claramente que en la distinción de Hart),[2] los dos "puntos de vista" se expresan en dos tipos de discurso: el discurso "externo" es un discurso cognoscitivo, descriptivo; el discurso "interno" es un discurso normativo, prescriptivo.

Acerca del punto de vista externo será suficiente decir aquí que es, típicamente, el ángulo de observación propio del sociólogo empírico del derecho.[3]

El punto de vista interno, en cambio, es la perspectiva de «quien asume las normas como guía del comportamiento y sobre la base de las normas afirma la existencia de deberes y permisos y califica los comportamientos según su relación con ellas».[4] En otras palabras, quien asume este punto de vista no se limita a describir los comportamientos sociales ni a «describir la actitud consistente en asumir las normas como guía del comportamiento y como criterio para juzgarlo», sino que hace suya esa misma actitud.[5]

El punto de vista interno, conviene añadir, es el propio del positivismo jurídico o, mejor dicho, de los "juristas positivos", de los operadores jurídicos.[6] El discurso interno es propio tanto de la "práctica" (por ejemplo, la jurisprudencia), como de la "ciencia jurídica" comúnmente entendida, esto es, de la dogmática.[7]

(1.2) *Aceptación de los criterios de reconocimiento.* El punto de vista interno «puede ser asumido respecto de normas con-

cretas, respecto de una pluralidad de normas no relacionadas de un modo sistemático o bien respecto de un sistema de normas»[8]. Un sistema de normas es un conjunto caracterizado por «criterios regulativos sobre la base de los cuales se puede decidir si una norma pertenece o no al sistema».[9] Pues bien, mirar un sistema normativo desde el punto de vista interno: por un lado, presupone que se miran desde el punto de vista interno «los criterios regulativos del sistema» mismo, es decir, aquellos criterios que regulan «el reconocimiento o el desconocimiento de cualquier posible norma como elemento del sistema»; por otro lado, comporta que se miren después desde el mismo punto de vista las normas concretas que responden a esos criterios y que, por tanto, pertenecen a ese sistema.[10]

En resumen: asumir, respecto de un sistema normativo, el punto de vista interno quiere decir "aceptar" los criterios de reconocimiento propios del sistema y, en consecuencia, "aceptar" las normas reconocibles como pertenecientes al propio sistema sobre la base de esos criterios.[11]

(1.3) *Juicios de validez*. Se denomina "válida" a una norma perteneciente a un sistema normativo, según los criterios de reconocimiento o pertenencia establecidos en el propio sistema: «la validez, predicada de una norma en referencia a un sistema de normas, supone la asunción del punto de vista interno respecto del sistema de normas y significa que esa norma satisface los criterios regulativos de pertenencia de las normas al sistema, que es, pues, tratada como existente en el sistema y debe desarrollar en el sistema su función específica»,[12] «debe [...] producir su efecto»,[13] en suma, debe ser obedecida. Es evidente que los juicios de validez son enunciados "internos".[14]

En referencia a las normas, validez es existencia y existencia es pertenencia: «la existencia de una norma se reduce a la satisfacción de los criterios regulativos de pertenencia de las normas al sistema de normas al que se hace referencia». Por otra parte, pertenencia implica «fuerza vinculante»: «una vez determinada la satisfacción de los criterios regulativos de pertenencia de las normas al sistema, la norma se presenta ante quien, considerando el sistema de las normas desde el punto de vista interno, está dispuesto a asumir las normas existentes en el sistema como guía del comportamiento y como criterio para juzgarlo, como existente en el sistema y como algo que

hay que asumir como guía del comportamiento y como criterio para juzgarlo».[15]

Debe precisarse que los sistemas de derecho positivo pertenecen al género de los ordenamientos "dinámicos", en el sentido de Kelsen. De forma que «la pertenencia de las normas al sistema depende del modo de producción de las normas»; en principio, «los criterios de validez propios de los ordenamientos dinámicos no implican ninguna relación de contenido entre las normas de un ordenamiento», aunque no está excluido que un sistema jurídico use también, de forma subordinada, criterios de pertenencia que hagan referencia al contenido de las normas y que, por tanto, tenga una «estaticidad parcial».[16]

Todo esto supone –y conviene explicitarlo– que los ordenamientos jurídicos no comprenden una sino (al menos) dos especies de normas: no sólo normas de comportamiento, sino también normas que establecen las «condiciones de validez de otras normas mediante la regulación de las formas de producción».[17] De modo que «una norma es válida en el sistema si ha sido producida de la forma determinada por una norma ya perteneciente al sistema» (y si está provista de un determinado contenido, en los casos en que junto al criterio "formal" de validez también «opera subordinadamente» un criterio "material").[18]

(1.4) *El principio fundamental.* Ascendiendo de norma en norma, en la cadena de validez, se llega a un «principio fundamental», esto es, a una «proposición a nivel metalingüístico», que opera como «criterio selectivo» de las normas pertenecientes al sistema, atribuyendo validez: directamente, a las «primeras normas del sistema»; e, indirectamente, a las ulteriores normas que descienden de aquéllas.[19]

Este principio, naturalmente, no es otra cosa que la "norma fundamental" de Kelsen: pero conviene llamarlo "principio", y no "norma", para destacar su «función constitutiva del sistema» y para subrayar que se sitúa a un nivel distinto, lógicamente más elevado –al nivel del metalenguaje–[20] respecto de las normas del sistema.[21]

Se entiende que «todo juicio de validez, todo empleo del concepto de validez, supone el principio fundamental del sistema y, por tanto, no puede estar dirigido al principio fundamental»: «predicar la validez del principio constitutivo del sistema [...] no tiene sentido».[22]

En resumen: los juicios de validez, al ser juicios «internos a un sistema»,[23] presuponen –en última instancia– la «aceptación» de este principio fundamental.[24] Un principio fundamental aceptado se dirá –no ya "válido", por la razón mencionada, sino– "legítimo".[25]

(1.5) *La justificación de la aceptación*. Ahora bien, ¿cómo se justifica esa aceptación? No con el denominado principio de efectividad, por cierto, ya que «una cosa es constatar que un sistema de normas es efectivo en un grupo social [...] y otra es asumir para sí las normas del sistema como guía del comportamiento y criterio para juzgarlo».[26] «La formulación del principio fundamental, desde el punto de vista interno, no tiene que ver con la descripción de un sistema de derecho positivo, efectivo en un grupo, sino que es una proposición regulativa, tiene una función normativa acerca del modo de identificar las normas del sistema basado en ese principio. El principio fundamental se dirige a quien considera un sistema de derecho positivo desde el punto de vista interno del siguiente modo: debes considerar como válidas estas y sólo estas primeras normas del sistema y las normas que resulten válidas de acuerdo con las condiciones directa o indirectamente determinadas por aquellas normas».[27]

En resumen: «ante el principio fundamental, considerado desde el punto de vista interno, estamos sobre el plano del discurso normativo», mientras que «la afirmación de la efectividad de un sistema de derecho positivo no tiene [...] ningún sentido normativo, nos sitúa sobre el plano del discurso empírico». Y, como se sabe, no hay puente que permita pasar lógicamente del discurso empírico al discurso normativo: entre las dos cosas «hay un salto, una fractura».[28] Es cierto que la efectividad de un sistema normativo es una «razón práctica» (no lógica) para aceptarlo, pero en todo caso no es una razón suficiente: en la base de la aceptación hay, de forma inevitable, «una elección política»; la aceptación «se apoya sobre razones políticas».[29]

Llegados a este punto, quisiera aislar algunas tesis de Scarpelli, para llamar la atención sobre ellas y someterlas a discusión.

2. Criterios materiales de validez y de invalidez

Según Scarpelli, como según Kelsen, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos *esencialmente dinámicos*.[30] En

realidad, Scarpelli no ignora y no niega que en los ordenamientos jurídicos puedan coexistir, junto a criterios de validez "dinámicos" (*idest* formales, que tienen que ver con la forma de producción de las normas), también criterios de validez "estáticos" (esto es, materiales, que tienen que ver con el contenido de las normas). Pero, desde su punto de vista, los criterios materiales juegan únicamente un papel "subordinado" respecto de los formales.

Me parece que esta reconstrucción de los ordenamientos jurídicos comete el error de minusvalorar –por otra parte de forma inexplicable– el papel que en ellos juegan los criterios materiales de validez.

Es dinámico todo ordenamiento cuyos criterios de validez y existencia de las normas sean puramente "formales".

Es formal todo criterio que prescinda del contenido de las normas, haciendo exclusivamente referencia a la forma de producción de las normas (esto es, a grandes rasgos, a la identidad del sujeto que las produce y eventualmente a los procedimientos de producción).[31]

Pues bien, ningún ordenamiento jurídico moderno es puramente dinámico, en este sentido, al menos por dos razones:

1) *Criterios materiales de invalidez*. En primer lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *invalidez* que hace referencia al contenido de las normas.[32]

En virtud de ese criterio, son normas inválidas no sólo aquellas producidas de forma distinta a lo previsto por las metanormas sobre la producción de normas, sino también aquellas que, aunque hayan sido producidas "correctamente" desde el punto de vista formal, son sin embargo incompatibles con normas jerárquicamente superiores. Por ejemplo, en los ordenamientos con constitución rígida, es inválida toda ley que sea incompatible con la constitución; en casi todos los ordenamientos occidentales modernos, por otra parte, es inválido cualquier reglamento que sea incompatible con la ley.[33]

Es más, en realidad, algunas normas deben ser no sólo compatibles con las normas superiores, sino incluso deducibles de una norma superior, bajo pena de invalidez.[34] Por ejemplo, en todo estado de derecho es inválida cualquier decisión jurisdiccional que no sea deducible de una norma legislativa pree-

xistente:[35] «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o la pena».[36]

2) *Criterios materiales de validez*. En segundo lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *validez* que hace referencia al contenido de las normas.

En virtud de ese criterio, son normas válidas del ordenamiento no sólo las normas "explícitas" –es decir, las normas expresamente formuladas y promulgadas (o dictadas) por una autoridad normativa competente según los procedimientos apropiados– sino también aquéllas que están implícitas en las primeras.[37]

Ahora bien, ¿"normas implícitas" en qué sentido? En este contexto, el vocablo 'implícito' debe ser entendido en sentido suficientemente amplio como para incluir al menos tres clases de normas:

a) las normas que pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento lógicamente válidos y sin añadir ulteriores premisas (esto es, sin el empleo de premisas que no sean normas explícitas);

b) las normas que sólo pueden ser válidamente inferidas de las normas explícitas añadiendo premisas ulteriores: esto es, de premisas que no constituyen a su vez normas explícitas (por ejemplo, definiciones doctrinales de términos usados en la formulación de normas explícitas);

c) las normas que pueden ser persuasivamente inferidas a partir de las normas explícitas mediante esquemas de razonamiento no deductivos y lógicamente inválidos (por ejemplo, entimemas, conjeturas sobre la *ratio legis*, argumentos analógicos, etcétera).

Es en virtud de este criterio[38] que todos los ordenamientos jurídicos están llenos de normas "implícitas", elaboradas por los juristas y por los órganos aplicadores, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia *no* sean fuentes "formales" del derecho. Desde este punto de vista, la caracterización de los ordenamientos jurídicos como sistemas esencialmente dinámicos parece olvidar la dimensión *lato sensu* normativa –productora de normas– que es propia de la dogmática y (lo más importante) de la jurisprudencia.

3. El “principio fundamental” como macronorma positiva

Según Kelsen –como se sabe– la norma fundamental no es una norma positiva sino metapositiva, no es una norma “puesta” sino presupuesta. La norma fundamental no es, según Kelsen, la constitución (o aquel subconjunto de las normas constitucionales que regulan las fuentes del derecho), sino una norma metaconstitucional, sin la cual la propia constitución (o, al menos, la primera constitución) no podría considerarse válida.

Scarpelli, en realidad, no toma partido expresamente sobre esta cuestión. Pero muchos indicios permiten pensar que comparte la opinión de Kelsen. En suma, parece que también según Scarpelli el “principio fundamental” de todo ordenamiento es no ya una norma o un conjunto de normas constitucionales sino un principio metaconstitucional. De forma que aquél no coincide simplemente con las normas (en general constitucionales) sobre las fuentes del derecho y sobre los criterios de validez, sino que es una norma ulterior, superior (¿lógicamente superior?, ¿estructuralmente superior?) a la propia constitución.

En mi opinión, el “principio fundamental”, en cuanto cosa distinta del conjunto de las normas constitucionales, es fruto de una duplicación inútil.[39] A este respecto, quisiera ceder la palabra a Bobbio (que, en este párrafo, no critica a Kelsen ni a Scarpelli sino a Hart): «Consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica [que son simples normas positivas, unas veces constitucionales, otras legislativas] ofrecen los criterios necesarios y suficientes para “reconocer” cuales son las normas válidas del sistema. De ello se sigue que, una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se entiende bien qué función específica puede ser atribuida a las normas de reconocimiento [especialmente si son entendidas como “principios fundamentales” metapositivos] y qué utilidad tiene la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias»; «parecería que en un ordenamiento jurídico la función de ofrecer los criterios para identificar las reglas del sistema debería corresponder únicamente a las normas sobre la producción jurídica»; «englobadas las normas de reconocimiento en el concepto más amplio de normas sobre la producción jurídica, entre norma de cambio y norma de reconocimiento hay algo más que “una relación muy estrecha” [como

quisiera Hart]. Son la misma cosa».[40] Intentaré explicarlo con otras palabras.

Es necesario distinguir cuidadosamente entre aceptación y reconocimiento de normas (Hart parece confundir sistemáticamente las dos cosas).

La aceptación requiere alguna forma de *moral commitment*. El reconocimiento, en cambio, no es algo moralmente comprometido (si se deja a un lado la aceptación del propio criterio de reconocimiento). La aceptación tiene por objeto el "principio fundamental" del ordenamiento;[41] el mero reconocimiento tiene por objeto las (otras) normas del ordenamiento, previa aceptación del principio fundamental.

Ahora, la cadena de validez acaba en todo caso en una norma última: llamémosla "principio fundamental". Esta norma –según Scarpelli– no puede, en ningún caso, ser *reconocida* como válida sobre la base de una norma ulterior y superior: sólo puede ser *aceptada* (o, bien entendido, rechazada). Por tanto, en todo caso, el sistema se compone no sólo de normas reconocibles como válidas (porque son convalidadas por normas superiores), sino también de una (al menos una) norma que requiere aceptación (no estando convalidada por ninguna norma superior y, por tanto, no siendo válida ni inválida). Esta norma es, precisamente, el "principio fundamental".

Pues bien, el principio fundamental puede ser concebido de dos formas: como una norma "puesta" o como una norma presupuesta, apta para convalidar todas las normas "puestas". En el primer caso, ese principio fundamental se identifica con el conjunto de las normas positivas que establecen los criterios de validez de las otras normas: se identifica, a grandes rasgos, con la constitución[42] (una macronorma positiva, que recoge los criterios de reconocimiento establecidos por una multiplicidad de normas positivas). En el segundo caso, el mismo principio se identifica con una metanorma constitucional. En un caso, la constitución es objeto de aceptación en sentido fuerte. En el otro, la constitución es sólo objeto de reconocimiento. Pero, si siempre debe haber una norma (o una macronorma) que no puede simplemente ser *reconocida* como válida sino que debe en todo caso ser *aceptada* en sentido fuerte, ¿qué necesidad tenemos de transferir la aceptación de la constitución a una norma ulterior, presupuesta, metaconstitucional? ¿No podemos simplemente hacer objeto de aceptación a la propia constitución?

La duplicación es comprensible para quien identifica el principio fundamental con el principio de efectividad (pero, como ya se ha visto, éste no es el caso de Scarpelli): ya que, de esta forma, la cadena de validez "abandona" el mundo normativo y arriba a una mera cuestión de hecho, por tanto, "huye" de la aceptación (huye de cualquier tipo de *moral commitment*) y puede encontrar refugio en una simple constatación fáctica (acerca de la efectividad del ordenamiento). Pero si, en cambio, debe acabarse en todo caso en la aceptación, ¿por qué dirigir la aceptación a un hipotético principio metaconstitucional en lugar de, simplemente, a la propia constitución? ¿Por qué no aceptar sin más la constitución, en lugar de aceptar un principio que impone reconocer la constitución?

Si adoptamos este punto de vista, el "principio fundamental" de un sistema jurídico puede ser, simplemente, identificado con el conjunto de los criterios de reconocimiento positivamente fijados en el propio sistema.

El conjunto de los criterios de reconocimiento propios de un sistema jurídico no es, obviamente, una única norma o un único principio, sino –precisamente– un conjunto (una completa constelación) de normas y principios que regulan la producción del derecho y que están diseminados en diversas fuentes del derecho, aunque muchos de ellos –al menos en los sistemas con una constitución rígida– están incluidos en el documento constitucional. En este sentido, el principio fundamental no es una norma sino más bien una macronorma.

4. La validez del "principio fundamental": un sin sentido

Sea cual sea el estatus del principio fundamental –tanto si tiene naturaleza positiva y rango constitucional, como si es, en cambio, no positivo y metaconstitucional–, la validez es, en todo caso, una propiedad de las normas "fundadas", por decirlo así, del ordenamiento y no del propio principio "fundante". El principio fundamental de cada ordenamiento, según Scarpelli, no puede ser considerado válido ni inválido, sólo puede ser "legítimo" o "ilegítimo".[43] Es más, predicar validez del principio fundamental no tiene sentido. Aceptar el principio fundamental es, no ya reconocerlo válido sino, adscribirle constitutivamente legitimidad.

En realidad, no he aislado esta tesis de Scarpelli para criticarla sino, por el contrario, con la finalidad de asumirla.

Si se conviene que el principio fundamental del ordenamiento es el criterio de validez, no se comprende cómo ese principio podría ser, él mismo, válido o inválido: los criterios de validez, obviamente, no son válidos ni inválidos. Si después el principio fundamental es identificado (a grandes rasgos) con la constitución, como yo me inclino a pensar, no se puede evitar la conclusión de que la propia constitución no es válida ni inválida.[44] Con ello, obviamente, no se quiere decir que la constitución al no ser válida, sea inválida, o a la inversa. Se quiere decir propiamente que ni el predicado 'válido' ni el predicado 'inválido' pueden aplicarse al sujeto 'constitución' (entendida como criterio de validez).

Es válida toda norma que haya sido dictada de conformidad con las metanormas que regulan su producción y que no sea materialmente incompatible con las normas superiores que limitan su posible contenido. Ahora bien, el principio fundamental de un ordenamiento –ya sea su constitución o, en cambio, una norma o macronorma metaconstitucional– no tiene, por definición, ninguna norma que le sea materialmente superior ni ninguna norma (metanorma) que regule su creación. Así, predicar la validez del principio fundamental, simplemente, no tiene sentido. Del mismo modo que no tendría sentido decir que los criterios para la adquisición de la ciudadanía son, a su vez, ciudadanos.

Quien sostiene que también el principio fundamental es "válido", utiliza el término 'válido' en un sentido distinto del habitual: lo utiliza, a grandes rasgos, en el sentido (scarpelliano) de 'legítimo', merecedor de obediencia. Quienes convienen que el principio fundamental se identifica con la constitución y, sin embargo, sostienen que también la constitución es una norma 'válida', creen reconocer la constitución sobre la base de algún criterio (¿positivo?) de validez, pero, en realidad, simplemente manifiestan sus sentimientos de adhesión ético-política a la constitución.

Sin embargo, la pretensión de "validez" de la constitución, por cuanto lógicamente infundada, debe ponernos en guardia contra la difundidísima equiparación entre "validez" y "pertenencia" (o *membership*, como también suele decirse). Me explico. Si se identifica el principio fundamental con la constitución,

como yo me inclino a pensar, no hay duda de que la constitución no es válida ni inválida. Por otra parte, si –como se suele hacer– se identifica la validez de una norma con su pertenencia a un ordenamiento, debe concluirse que la constitución "no pertenece" al ordenamiento del que es constitución.[45] Se admitirá que esta conclusión parece bastante extraña.

Conviene pues, abandonar la idea de que 'validez' es sinónimo de 'pertenencia' y redefinir ambos términos de un modo más aceptable.

En lo que respecta a la validez, mi opinión es que 'validez' no designa una relación entre una norma y un ordenamiento –como habitualmente se piensa en teoría del derecho– sino una relación entre una norma y otras normas: validez es la conformidad de una norma a las metanormas que regulan su producción y a las normas superiores que condicionan su posible contenido.

En lo que respecta a la pertenencia –que, obviamente, sí es una relación entre una norma y un ordenamiento–, mi opinión es que sólo puede decirse que una norma[46] "pertenece" a un ordenamiento (o es "jurídicamente existente en él") cuando haya sido: formulada, discutida, dictada y publicada.[47]

Desde este punto de vista, puede decirse que "pertenecen" a un ordenamiento al menos tres clases de normas:

a) las normas "supremas", "soberanas" o "independientes" –esto es, aquéllas que establecen los criterios de validez–, que no son válidas ni inválidas;

b) las normas reconocibles como válidas sobre la base de las primeras;

c) las normas "inválidas" que, sin embargo, no han sido anuladas por el órgano competente para ello.

5. El estatuto lógico del "principio fundamental"

Hasta aquí, de acuerdo con el uso común de los juristas, he utilizado el vocablo 'norma' de una forma absolutamente genérica, para designar cualquier enunciado perteneciente a un sistema jurídico. Pero, naturalmente, todo sistema jurídico incluye enunciados de distintos tipos: no sólo enunciados prescriptivos o normas en sentido estricto, sino también enunciados definitorios, enunciados derogatorios, enunciados "constitutivos", etcétera.

Ahora bien, ¿qué tipo de enunciados son los criterios de validez de las normas? ¿Qué tipo de enunciado es el principio fundamental? No hay duda de que según Scarpelli (como según Kelsen y, quizás, Hart) los criterios de validez son normas en sentido propio y estricto: *idest* enunciados prescriptivos, que obligan a obedecer a las normas a las que confieren validez. Si los criterios de validez no fuesen normas, no requerirían –ni admitirían– "aceptación", entendida como *reconocimiento de obligatoriedad*. No tiene sentido predicar la obligatoriedad de algo que no sea una norma de conducta.

En el fondo de esta opinión está, naturalmente, la conocida ecuación: validez = obligatoriedad. Sobre ella volveré enseguida.

El estatuto lógico del principio fundamental, o "norma fundamental" o "regla de reconocimiento", es muy discutido en la literatura contemporánea. La opinión de Scarpelli no es aislada: la idea de que ese principio es un enunciado prescriptivo –en suma: una norma de conducta– está ampliamente difundida. No obstante, creo –como Bulygin– que es equivocada.[48]

En mi opinión, en el "principio fundamental" se entrecruzan y confunden al menos tres cosas muy distintas:

a) el criterio (el macrocriterio, el conjunto de criterios) de validez;

b) las normas sobre la producción jurídica, a las que el criterio de validez hace referencia;

c) y, finalmente, la metanorma que obliga a obedecer las normas válidas (una norma, por otra parte, absolutamente vacua, puesto que no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por las normas válidas).

Ahora bien, el criterio de validez, evidentemente, no es otra cosa que una definición de 'norma válida': a grandes rasgos, un enunciado de la forma "Norma válida = (por definición) a toda norma que haya sido producida de conformidad con las metanormas N_1, N_2, N_3, ... y que sea compatible con las normas superiores N_a, N_b, N_c ...".

Creo que se puede convenir, sin necesidad de argumentar, que las definiciones *no* son normas de conducta.[49] Si se quiere sostener que las normas válidas son, en cuanto tales, también "obligatorias" o "vinculantes", es necesario postular la existencia de una verdadera norma –más precisamente, de una metanorma– ulterior: una norma que *itera* las normas válidas, calificándolas como obligatorias, esto es, exigiendo obediencia a las mismas. Esto no puede hacerlo una simple definición.

Es verdad que la definición de 'norma válida' hace referencia a *normas*: ya sea a normas sobre la producción jurídica (lógicamente superiores) o a normas de conducta (materialmente superiores). Pero, naturalmente, una cosa es prescribir y otra referirse a prescripciones, mencionarlas. La definición de 'norma válida' no es, ella misma, una prescripción: sucede sólo que en su *definiens* se mencionan prescripciones.

Por otra parte, la clase de las normas sobre la producción jurídica, al que se refiere el *definiens* de 'válido', incluye enunciados de distintos tipos (normas que confieren poderes, normas que regulan el procedimiento para ejercer los poderes conferidos, etcétera), de los que al menos algunos de ellos no son ciertamente prescriptivos en sentido estricto: no son normas de conducta.[50]

Puede avanzarse una conjetura. Quizás la confusión –o al menos la omitida distinción– entre la definición de 'norma válida', las normas sobre la producción jurídica y la norma que obliga a obedecer a las normas válidas nace del hecho que, en muchos ordenamientos, sólo las normas sobre la producción jurídica son "normas explícitas". En cambio, tanto el criterio de validez como la norma que prescribe obediencia a las normas válidas son, habitualmente, "normas" (en sentido genérico) meramente *implícitas*, construidas por los operadores jurídicos –con procedimientos, a menudo, pseudológicos– a partir de una larga serie de disposiciones positivas, que enuncian (no siempre de forma nítida) causas de invalidez y que prescriben a una u otra clase de sujetos obediencia a una u otra clase de normas válidas.

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano vigente, no existe ningún macrocriterio de validez expresamente formulado (en realidad, los propios términos 'válido' e 'inválido' raramente son usados en el lenguaje de las fuentes). Existen, sin embargo, algunas disposiciones que prohiben a ciertas fuentes establecer regulaciones incompatibles con lo establecido por otras fuentes, o bien confieren a determinados órganos jurisdiccionales el poder de inaplicar y/o de anular cualquier norma que no cumpla ciertos requisitos. Por ejemplo: el art. 138, const. it., establece (por otra parte de forma absolutamente implícita) que la ley ordinaria no puede contener normas incompatibles con la constitución; los arts. 134 y 136, const. it., y el art. 30, ley 87/1953, confieren al Tribunal constitucional el poder de declarar la «ilegitimidad constitucional» de las leyes y de los actos con fuerza de ley; el art. 4.1, disp. prel. cod. civ. it., esta-

blece que «los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes»; el art. 26, r.d. 1054/1924 y el art. 2, ley 1034/1971, confieren, respectivamente, al Consejo de Estado y a los Tribunales administrativos regionales el poder de anular los actos administrativos (*ivi* incluidos los reglamentos) adoptados en «violación de la ley»; el art. 5 de la ley 2248/1865, all. E., confiere a los jueces ordinarios el poder de inaplicar los actos administrativos (*ivi* incluidos los reglamentos) que no sean «conformes a la ley»; y así sucesivamente.

De estas, y de otras, disposiciones positivas, los juristas infieren –no sin un complejo trabajo de "construcción jurídica"– criterios de invalidez de las normas con rango de ley, de las normas reglamentarias, etcétera. De estos criterios (particulares) de invalidez, los teóricos del derecho obtienen a su vez un macrocriterio (general) de validez: un "principio fundamental", en el léxico de Scarpelli.

Ni siquiera existe en el ordenamiento italiano vigente, hasta donde yo conozco, una metanorma que prescriba en general obediencia a las normas válidas. No obstante, el art. 54.1, const. it., establece que «todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y observar su Constitución y sus leyes»; el art. 101.2, const. it., dispone a su vez que «los jueces sólo están sujetos a la ley»; por otro lado, las leyes son promulgadas con la siguiente fórmula: «Es obligación de todos sus destinatarios observarla [la presente ley] y hacerla observar como ley del Estado» (art. 1.1, D.P.R. 1092/1985); y así sucesivamente.

De estas (y de otras) disposiciones, los juristas (¿o más bien, los teóricos del derecho?) obtienen la macronorma "iteradora"[51] según la cual las normas válidas deben ser obedecidas por los ciudadanos y por los órganos del Estado (pero no queda claro en absoluto, por ejemplo, si hay obligación de obedecer también a las leyes inconstitucionales hasta que su ilegitimidad constitucional no sea declarada por el Tribunal constitucional).[52]

6. Validez, existencia y fuerza vinculante

Según Kelsen, la validez de una norma no es distinta de su "existencia" (en un ordenamiento) y de su "obligatoriedad" o "fuerza vinculante". Como ya se ha visto, esta es también la opinión de Scarpelli. Ahora bien, esa opinión debe ser clara-

mente criticada. En primer lugar, es oportuno distinguir la validez de la "existencia". En segundo lugar, la validez es distinta de la obligatoriedad o fuerza vinculante.[53]

(6.1) *Existencia empírica y existencia jurídica de normas*. Ante todo, merece alguna aclaración la noción –de amplio uso, pero deplorablemente descuidado– de "existencia" (claro está, referida a normas).[54] En mi opinión, es necesario distinguir la mera existencia "empírica" de una norma de su existencia "jurídica".

a) Si se acepta que las normas son entidades lingüísticas (enunciados del discurso prescriptivo o, más exactamente, significados de enunciados prescriptivos), es evidente que ninguna norma que no haya sido formulada (por alguien) en un lenguaje puede considerarse "existente". Una norma "existe" si, y sólo si, ha sido formulada.[55]

b) Está claro, por otra parte, que formular una norma no es suficiente para introducirla en un ordenamiento: no es suficiente, por decirlo así, para convertirla en una norma "jurídica". Una norma existe "en" un ordenamiento jurídico –pertenece a él– si, y sólo si, ha sido no sólo formulada (como por ejemplo las normas de un proyecto de ley) sino también "puesta", es decir, discutida, dictada y publicada[56] de acuerdo con, al menos, algunas de las normas sobre la producción jurídica propias del ordenamiento.

Debe advertirse que es condición suficiente de existencia jurídica no ya el dictado de conformidad con "todas" las normas sobre la producción jurídica, sino que basta el dictado de conformidad con sólo "algunas" de esas normas.[57] Un ejemplo obvio, macroscópico: en el ordenamiento [italiano] vigente, diremos que es inválida, pero sin duda no diremos que es "inexistente", una ley aprobada por las Cámaras y promulgada por el Presidente de la República que sea incompatible con la constitución (por cualquier vicio de legitimidad constitucional),[58] pero cuya ilegitimidad constitucional no haya sido todavía declarada por el Tribunal constitucional. (En cambio, diremos que es jurídicamente "inexistente" una pretendida "ley" que las Cámaras no hayan aprobado y, quizás, también una ley que, aunque haya sido aprobada por las Cámaras, no haya sido promulgada por el Presidente de la República.)

Es necesario subrayar que la simple "existencia jurídica", y no la (plena) validez –conformidad con *todas* las normas sobre

la producción jurídica, ausencia total de vicios–, es , en muchos ordenamientos, condición suficiente de "eficacia" (aplicabilidad, obligatoriedad, productividad de efectos jurídicos) de las normas.

(6.2) *Validez vs. existencia*. Si se acepta lo anterior, la ecuación entre validez y existencia resulta evidentemente inoportuna, al menos desde el punto de vista terminológico.

a) En primer lugar, esa ecuación oculta que todo ordenamiento, tal como se presenta empíricamente, incluye también, junto a las normas válidas, normas –podemos llamarlas "supremas", "independientes" o "soberanas"– que no son válidas, pero tampoco inválidas.[59] De esto ya hemos hablado.

b) En segundo lugar, la ecuación entre validez y existencia oculta que todo ordenamiento está, inevitablemente, repleto de normas inválidas.[60] Están entre ellas, por ejemplo, en los ordenamientos con estructura jerárquica, las normas incompatibles con normas de grado superior (el fenómeno es macroscópico en los ordenamientos con constitución rígida), que, sin embargo, por cualquier razón, no hayan sido declaradas inválidas por el órgano competente para ello (por ejemplo, el juez de la legitimidad constitucional de las leyes).

Es necesario insistir en que las normas en cuestión, si bien son inválidas, son de todos modos "existentes" en el ordenamiento ("pertenecientes" al mismo) y, sólo por ello, vinculantes para sus destinatarios y susceptibles de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos.[61] Al menos, hasta que su invalidez no sea positivamente reconocida y declarada por el órgano competente para ello.[62]

c) En tercer lugar, la ecuación entre validez y existencia es inoportuna ya que hay ordenamientos en los que el conjunto de las normas válidas es –en un sentido– incognoscible.[63] Esto sucede en todos aquellos ordenamientos que –como el ordenamiento italiano vigente– no prevén actos de convalidación, con eficacia *erga omnes*, de las normas "existentes". Me explico.

En el ordenamiento italiano vigente, las declaraciones de ilegitimidad constitucional –las sentencias constitucionales llamadas "estimatorias"– tienen eficacia general, *erga omnes*.[64] Por tanto, toda norma declarada constitucionalmente ilegítima es positiva y definitivamente expulsada del ordenamiento, sustraída del conjunto de las normas "existentes" en el ordena-

miento. El conjunto de las normas (legislativas) inválidas es pues, aunque amplio, cognoscible: es el resultado del conjunto de las sentencias constitucionales estimatorias. En cambio, según lo que sostiene la doctrina (aunque sea con alguna opinión disidente),[65] las decisiones constitucionales que rechazan una cuestión de legitimidad constitucional –sentencias constitucionales llamadas "desestimatorias"– tienen eficacia circunscrita al caso decidido, *inter partes*.[66] Así, esas decisiones no tienen el efecto de incluir positiva y definitivamente las normas sobre las que versan en el conjunto de las normas válidas. Y, por otra parte, la excepción de legitimidad constitucional no está sujeta a prescripción. Por tanto, no puede decirse con certeza de ninguna norma (al menos, de ninguna con rango de ley) que sea válida: toda norma existente y no-inválida está sujeta a un posible juicio de invalidez en el futuro.

Por otra parte, existen también ordenamientos en los que incluso el conjunto de las normas inválidas es incognoscible. Me refiero a todos los ordenamientos –como el norteamericano– en los que el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido de forma difusa por jueces "comunes", cuyas decisiones de ilegitimidad constitucional tienen efectos circunscritos al caso decidido.[67]

(6.3) *Validez vs. fuerza vinculante*. La ecuación entre validez y obligatoriedad o fuerza vinculante ha sido ya convenientemente criticada en la literatura (sobre todo por Ross) y quizás no valga la pena dedicarle mucha más atención.[68]

Quisiera únicamente subrayar que esa ecuación –es verdad que contra la intención de Kelsen y, quizás, también contra la intención de Scarpelli– pone en discusión precisamente uno de los presupuestos fundamentales y (en mi opinión) más sólidos del positivismo jurídico (en la acepción más común de esa expresión): la idea de que se puede describir el derecho positivo sin aceptarlo como vinculante o, dicho de otro modo, que se puede adquirir conocimiento de un ordenamiento jurídico incluso rechazándolo, incluso no reconociéndole legitimidad desde el punto de vista ético-político.[69] Francamente, no se comprende por qué debería ser epistemológicamente imposible para un jurista liberal tomar conocimiento de un ordenamiento totalitario o viceversa. Por otra parte, ni siquiera se entiende como puede aceptarse o rechazarse un ordenamiento sin conocerlo: acepta-

ción o rechazo presuponen el conocimiento de lo que se acepta o rechaza. De forma que el conocimiento es lógicamente antecedente a, y por tanto independiente de, la aceptación.

En fin, la ecuación entre validez y fuerza vinculante pone en duda la distinción entre conocimiento y aceptación: en última instancia, la distinción entre discurso descriptivo y discurso prescriptivo.

7. A la caza del error

La crítica de la nefasta ecuación entre validez y fuerza vinculante, como mencionaba, no es nada nuevo y no es necesario repetirla. Pero, ¿de dónde surge el error? No me parece que exista en la literatura un análisis satisfactorio.

Avanzo la hipótesis de que el error surge de un doble malentendido. El primer malentendido afecta a la noción de "principio fundamental"; el segundo, que sigue al primero, afecta a la noción de "punto de vista interno".

(7.1) *Dos caras del "principio fundamental"*. Como ya hemos visto, el "principio fundamental" de todo ordenamiento es concebido por Scarpelli –y también por Kelsen y, quizás, por Hart– como la conjunción de dos cosas lógicamente muy distintas: la definición de 'norma válida' (definición que, a menudo, reenvía a las normas sobre la producción jurídica) y la metanorma iteradora que obliga a obedecer a las normas válidas.

Se puede convenir que la aceptación de esta metanorma iteradora presupone lógicamente la aceptación de la definición de 'norma válida': de otro modo, no sería posible identificar las normas a las que se debe obediencia. Pero la inversa no vale: se puede aceptar la definición de 'norma válida' sin por ello aceptar también la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas.

Además, y sobre todo, es necesario insistir en que la definición y, respectivamente, la metanorma exigen dos tipos muy distintos de "aceptación" (supuesto que sea oportuno usar en ambos casos el mismo término 'aceptación'). Una cosa es "aceptar" una definición y otra es "aceptar" una norma. La distinción es, para mi, tan evidente que tengo dificultades para argumentarla. Se podría, quizás, decir lo siguiente:

a) Las definiciones no dirigen el comportamiento: no son reglas de conducta sino, según la feliz expresión de Bulygin, "reglas conceptuales".[70] Como tales, son moralmente neutras, no comprometidas.[71] Por esta razón, la "aceptación" de una definición –si es que es lícito hablar de aceptación a este respecto– es una actitud meramente *cognoscitiva*, o teórica, que no implica ningún tipo de *moral commitment*.

b) En cambio, las normas dirigen el comportamiento. No son moralmente neutras. Por esa razón, la "aceptación" de una norma –aquí el vocablo "aceptación" es absolutamente apropiado– presupone alguna forma de *moral commitment*: es una actitud *práctica*, no teórica, ya que implica la observancia.

(7.2) *Punto de vista interno "cognoscitivo" y punto de vista interno "normativo"*. Para quien, como Scarpelli, piense en el "principio fundamental" como una norma de conducta es natural que el punto de vista interno se configure como una actitud normativa. Pero, si se conviene que en la noción usual de "principio fundamental" se entrecruzan una norma y una definición, entonces la noción de "punto de vista interno" se convierte en una noción anfibia. Una cosa es asumir un punto de vista "interno" –si es lícito decirlo así– hacia una *definición* y otra asumir un punto de vista "interno" hacia una *norma*.[72]

Así pues, hay que distinguir:

a) el "punto de vista" que supone simplemente el uso de los criterios (*idest* de la definición) de validez; y

b) el "punto de vista" que supone la aceptación ético-política de la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas.

El primero es un punto de vista "cognoscitivo". Los juicios de validez, en efecto, presuponen el uso de los criterios de validez, y nada más. Estos son pues, por decirlo así, enunciados "internos" respecto de la definición de 'norma válida': no, en cambio, respecto de la metanorma que confiere fuerza vinculante a las normas válidas.

El segundo es un punto de vista "normativo". Los juicios de obligatoriedad presuponen la aceptación ético-política de la metanorma iteradora que obliga a obedecer a las (predica la obligatoriedad de las) normas válidas. Los juicios en cuestión, pues, no son en absoluto enunciados del discurso cognoscitivo: son genuinos enunciados normativos.

En resumen: la validez es distinta de la obligatoriedad o fuerza vinculante; los juicios de validez, por tanto, son distintos de los juicios de obligatoriedad.[73] Los juicios de obligatoriedad se fundan en una metanorma y tienen, por ello, carácter *normativo*. Los juicios de validez se fundan en una definición y tienen carácter *cognoscitivo*.

Notas

1. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, 53. Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; trad. cast., *El concepto de derecho*, a cargo de G.R. Carrió, Buenos Aires, 1992. Al respecto, cfr. también U. Scarpelli, "Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista", 1977, ahora en Id., *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, espec. 316 ss.
2. Cfr. A. Ross, "Hart sobre el concepto de derecho" (1962), en P. Casanovas, J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994, 466 ss.; E. Bulygin, "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos" (1982), en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, espec. 169 ss.
3. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 55. Al respecto, cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 101 ss.; Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 401 ss.; trad. cast., *Cultura jurídica y política del derecho*, a cargo de J. Rosas Alvarado, México D.F., 1995, 349 ss.
4. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 56.
5. Op. cit., 56.
6. Tengo la vaga impresión de que entre los comentaristas de Scarpelli (cfr. AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Pavia, 2 de mayo de 1966, Cuadernos de *Il politico*, Milano,. 1967; M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987, espec. 34 ss.) este punto no ha sido destacado suficientemente: "el "positivismo jurídico" de Scarpelli, después de todo, no es más que la aproximación de los llamados "juristas positivos".
7. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 56. 57, 58.
8. Op. cit., 58.
9. Op. cit., 58.
10. Op. cit., 58-59.
11. Op. cit., 61. Sobre el problemático concepto de aceptación, véase A. Catania, "L'accetazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart", 1971, ahora en Id., *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli, 1987, 17 ss.; R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982, 39 ss.
12. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 59, 68.
13. Op. cit., 60-61.
14. Op. cit., 65, 75.
15. Op. cit., 64.
16. Op. cit., 69, 70.
17. Op. cit., 71.
18. Op. cit., 72.
19. Op. cit., 74, 81.

20. Op. cit., 81.
21. Op. cit., 75.
22. Op. cit., 75. Cfr. algunos apuntes en el mismo sentido en A.G. Conte, "Studio per una teoria della validità" (1970), ahora en Id., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Torino, 1990, 55 ss.; y, entre lo más reciente, en R. Guastini, "Sulla validità della costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", en *Scritti in onore di Angelo Falzea, I. Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, 331 ss.; Id., *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992, cap. XX. Cfr. algunas críticas en L. Gianformaggio, "*Diritto e ragione tra essere e dover essere*", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 25 ss.
23. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 75.
24. Op. cit., 77.
25. Op. cit., 76.
26. Op. cit., 79.
27. Op. cit., 81.
28. Op. cit., 81. La gran división entre discurso empírico y discurso normativo es un tema recurrente en las obras de Scarpelli. Al respecto, véase B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994, 364 ss.
29. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., 87-88. Veinte años después, Scarpelli se ha reafirmado en su teoría de la validez en el trabajo: "Validità", en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985, 929 ss.
30. Al respecto, véase L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.
31. H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. ing. a cargo de B. Litschewski, S.L. Paulson, Oxford, 1992, 56; trad. cast., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (1934), México D.F., 1979, 96; Id., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, 112 s.; trad. cast. *Teoría general del derecho y del estado*, a cargo de E. García Máynez, México D.F., 1988, 131 ss.; Id., *Teoría pura del derecho* (1960), México D.F., 1986, 203 ss. Cfr. L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino, 1991.
32. R. Guastini, "Invalidity", *Ratio Juris*, 7, 1994, 212 ss.; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. V.
33. Scarpelli –igual que Hart y, quizás, también que Kelsen– no problematiza en absoluto el concepto de jerarquía normativa. Esto tiene la consecuencia de que, en su teoría de la validez, las jerarquías materiales no adquieren ninguna autonomía conceptual respecto de las jerarquías lógicas y estructurales. Sospecho que es la omisión de esta distinción la que induce a Scarpelli –como ya le sucediera a Kelsen– a minusvalorar la importancia que las jerarquías materiales, y por tanto los criterios materiales de validez, tienen en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.
34. E. Bulygin, "Sentencia judicial y creación de derecho", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 355 ss.
35. En este contexto, uso el término 'norma' de forma suficientemente amplia como para incluir en su denotación las denominadas "normas individuales", que constituyen la parte dispositiva de las decisiones jurisdiccionales.
36. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § IV; trad. cast., *De los delitos y de las penas*, a cargo de J. Jordá, Barcelona, 1983, § IV.

37. R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, 57 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en Doxa, 9, 1991, 260 ss.; R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986, 173-201.
38. Quede claro que este criterio, al menos en muchos ordenamientos, es un criterio meramente *implícito*. De forma que el criterio de validez de las normas implícitas es a su vez, paradójicamente, una norma implícita. Entonces, si convenimos que nunca una norma puede encontrar su propio fundamento de validez en sí misma, que el fundamento de validez de cualquier norma válida debe ser necesariamente buscado en otra norma, debemos concluir que el criterio del que estamos hablando no es una norma válida. Con ello no quiero decir que esa norma sea inválida. Quiero decir, en cambio, que se trata de una norma que no es válida ni inválida, sino "suprema", "soberana" o "independiente": una norma "fundamental", en fin, en el mismo sentido en que Scarpelli llama "fundamental" al principio que da fundamento al ordenamiento en su conjunto. Probablemente, el criterio en cuestión es parte integrante de ese "principio fundamental".
39. S. Munzer, *Legal Validity*, The Hague, 1972, espec. 68. Al respecto: R. Guastini, "Due note di teoria del diritto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, 1980, 535-541, espec. 537-538.
40. N. Bobbio, "Per un lessico di teoria generale del diritto", en AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Giucciardi*, Padova, 1975, I, 135-146, páginas 10-11 de la separata (el artículo, con el título "Norme secondarie" está ahora incluido en N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 233 ss.).
41. Scarpelli, como ya se ha visto, sostiene que el principio fundamental debe ser objeto de aceptación en sentido fuerte. Discutiré esta tesis, que no comparto, más adelante, en el § 7.
42. O, si se prefiere, con la "primera constitución" en el sentido de Kelsen. Cfr., al respecto, E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", cit., 257 ss.
43. Obsérvese, sin embargo, que en el lenguaje común de los juristas italianos (especialmente de los constitucionalistas) 'legítimo' es sinónimo de 'válido', más precisamente, de 'válido' en sentido pleno (en cuanto distinto de meramente 'existente'). Al respecto: R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", en *Analisi e diritto*, 1992, 175 ss.
44. Cfr. R. Guastini, "Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique", en L. Jaume, M. Troper (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles-Paris, 1994.
45. Si no recuerdo mal, una observación análoga fue hecha por L. Gianformaggio en el curso de un seminario desarrollado en la Facultad de Derecho de Pisa el 24 de enero de 1991 (el seminario tenía por objeto el volumen de R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, I. ed., Torino, 1990; también tomaron parte en el mismo A. Carrozza, L. Díez-Picazo, A. Ruggeri y U. Breccia).
46. Omito aquí las "normas implícitas" para no recargar el discurso.
47. Pero es lícito dudar de que la noción de pertenencia (o existencia jurídica) sea una noción teórico-general, en el sentido de válida para todos los ordenamientos positivos.
48. E. Bulygin, "Sobre la regla de reconocimiento", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 383 ss.; Id., "Algunas consideraciones sobre los

sistemas jurídicos", cit.; Id., "Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero", en *Doxa*, 9, 1991. Al respecto: J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, 1990, 113 ss., 135 ss.; Id., "Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin", en *Doxa*, 9, 1991; R.A. Caracciolo, "Sistema jurídico y regla de reconocimiento", ivi.

49. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Definiciones y normas", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit. 439 ss.
50. Una clasificación de las normas sobre la producción jurídica puede encontrarse en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. III.
51. Se suele decir "norma iterada", pero la expresión "norma iteradora" me parece más apropiada. Una metanorma que obliga a obedecer a otras normas no es –ella misma– "iterada": más bien, ella itera las normas a las que se refiere; normas iteradas son éstas últimas.
52. Al respecto, G. Zagrebelsky, "Processo costituzionale", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, espec. 636 ss.
53. Sobre algunos de los conceptos aquí discutidos, véase: E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", en *Ratio Juris*, III, 1990, 29 ss. (espec. 36-38); Id., "Tiempo y validez" y "Validez y positivismo", ambos en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 195 ss., 499 ss.
54. En la literatura, se habla de "existencia" de normas en más acepciones. (a) Unas veces, la existencia de una norma es identificada con su "obligatoriedad" o "fuerza vinculante". (b) Otras veces, se dice que existe en un ordenamiento toda norma que "pertenece" al mismo; por otra parte, algunos hacen depender la "pertenencia" (b_1) de la promulgación, o (b_2) de la validez en sentido pleno (ausencia de vicios). (c) Algunas veces la existencia de una norma es identificada con su aceptación efectiva por parte de los destinatarios. (d) Otras veces, se considera existente a toda norma que sea, de hecho, aplicada (y/o de previsible aplicación) por parte de los órganos de aplicación.
55. Cfr. G.H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, espec. cap. VII; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, a cargo de P. García Ferrero, 1979, espec. cap VII. Al respecto, P. di Lucia, *Deontica in von Wright*, Milano, 1992, 39 ss.
56. Es un postulado del positivismo jurídico que ninguna norma que no haya sido (formulada y) "puesta" (esto es, deliberada, emanada y publicada) puede considerarse jurídica, es decir, perteneciente al (a un) ordenamiento jurídico. Como dice Kelsen, retomando un lema de W. Dubislav, "Kein Imperativ ohne Imperator" (H. Kelsen, "Derecho y lógica" (1965), trad. cast. a cargo de J.C. Gardella, en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, 1988). Al respecto, M. Troper, "Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit", en P. Amselek, Ch. Grzegorczyk (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, 1989, 53 ss. Cfr. también R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 29, 64s., 268.
57. No es posible establecer a cuáles y cuántas normas sobre la producción jurídica debe adecuarse una norma para sobrepasar el umbral de la "inexistencia" (aunque sea sin alcanzar necesariamente la plena validez). El concepto de "existencia jurídica" es *open textured*. Al respecto, F. Modugno, "Validità (teoria generale)" y "Validità (diritto costituzionale)", ambos en *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 1 ss., 44 ss.; R. Guastini, "Invalidity", en *Ratio Juris*, 7, 1994.
58. Entre las normas sobre la producción jurídica, entendidas en sentido amplio, se pueden –es más, es conveniente– incluir también las normas que precluyen

que una fuente inferior asuma un determinado contenido: por ejemplo, las normas constitucionales que confieren derechos de libertad que, en régimen de constitución rígida, precluyen a las leyes asumir un contenido lesivo de los derechos conferidos. Cfr. R. Guastini. *Le fonti del diritto e l"nterpretazione*, cit., cap. III.

59. Cfr., por ejemplo, G. H. von Wright, *Norm and Action. a Logical Inquiry*, cit., cap. X; trad. cast., *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., cap. X; R.A. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., 31 ss.; E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", cit.; J.J. Moreso, P.E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, cit., 77 ss. Véase cuanto escribe A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, cit., 71, acerca de la norma fundamental.
60. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, espec. 909 ss.; trad. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Madrid, 1995, espec. 868 ss.
61. Cfr. R. Guastini, "Validità" y "Invalidità (atti normativi)", ambos en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno-Zencovich, *Glossario*, Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Milano, 1994, 405 ss., 235 ss.
62. Al respecto, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 270 ss.
63. Cfr. R. Guastini, "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme", cit., espec., 199 ss.
64. Cfr., por todos, A. Pizzorusso, "Commento all'art. 136" en AA.VV., *Garanzie costituzionali*, Comentario de la Constitución editado por G. Branca y A. Pizzorusso, arts. 134-139, Bologna-Roma, 1981, 176 ss.
65. A. Ruggeri, *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.
66. Cfr., por todos, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1975, 393 ss.
67. El discurso que precede, por razones de simplicidad, está formulado en términos de "validez" e "invalidez". En rigor, debería ser reformulado, ya que aquí no se está hablando propiamente de las normas "válidas", sino más bien de las normas "convalidadas". Una norma es válida si responde plenamente a los criterios de validez propios del ordenamiento de que se trate: una norma que haya sido producida de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica y que no sea incompatible con otras normas jerárquicamente superiores. Una norma es convalidada si su validez ha sido positivamente reconocida, declarada, con eficacia *erga omnes*, por el órgano competente para ello, de forma que, en principio, queda excluida una sucesiva declaración de invalidez; salvo, se entiende, que se produzca una mutación de las normas sobre la producción jurídica y/o de las normas jerárquicamente superiores, de forma que se provoque un fenómeno de invalidez "sobrevenida". Cfr. R. Guastini, "L'illegitimità delle disposizioni e delle norme", cit., 199 ss.
68. A. Ross, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural" (1961), trad. cast. en Id., *El concepto de validez y otros ensayos*, México D.F., 1993, 7 ss.; Id., "Hart sobre el concepto" (1962), cit., 466 ss.
69. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, II ed., Torino, 1979, 155 ss.; trad. cast., *El positivismo jurídico*, a cargo de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, 1993, 183 ss.; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 105 ss.; trad. cast. (parcial), *El problema del positivismo jurídico*, a cargo de E. Garzón Valdés, México D.F., 1992, 37 ss.

70. E. Bulygin, "Sobre la regla de reconocimiento", cit., 383 y *passim*.
71. Esto no vale, obviamente, para las llamadas definiciones "persuasivas": reglas de conducta disfrazadas de definiciones.
72. Véanse algunas reflexiones en N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London, 1981, 33 ss.; J. Raz, "The Purity of the Pure Theory", en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, 79 ss.; trad. cast., "La pureza de la teoría pura", en *Análisis filosófico*, n. 1, 1981, 71 ss.; R. Vernengo, "Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements", ivi, 99 ss.; E. Bulygin, "Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz", en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., 427 ss.
73. Me parece que la confusión entre validez y obligatoriedad (entre juicios de validez y juicios de obligatoriedad) surge también en los trabajos de L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.; trad. cast., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit.; y de L. Gianformaggio, "Diritto e ragione tra essere e dover essere", cit. Ambos sostienen, en efecto, que los juicios de validez son juicios de valor. Al respecto, R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., espec. 62 ss.

Fuentes originales de los trabajos incluidos en este libro

"Imágenes de la teoría del derecho" reproduce el artículo publicado originalmente bajo el título "Immagini della teoria del diritto", en Bruno Montanari (ed.), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Milán, 1994.

"Tarello: la filosofía del derecho como metajurisprudencia", retoma (con algunas modificaciones) los apartados 1 a 3 de la introducción al volúmen: Giovanni Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988. El libro de Tarello y la misma introducción tenían ya una versión en castellano en Gionanni Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, [trad. Isidro Rosas], México D.F., 1995.

"Giovanni Tarello, jurista" retoma (con algunas modificaciones) el artículo publicado originalmente bajo el título "Giovanni Tarello giurista", en Silvana Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, 1989.

"Bobbio, o de la distinción", fue publicado originalmente en francés bajo el título "Bobbio ou de la distinction", en *Bulletin de la Société Française pour la Philosofie et la Théorie Politique et Juridique*, n. 3, mayo de 1996. Se ha publicado también a modo de prefacio al libro de N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, París, 1998.

"Concepciones de las fuentes del derecho" tiene su primera publicación en la versión original italiana de este libro.

"Norma: una noción controvertida" tiene, en esta forma, su primera publicación en la versión original italiana de este libro, pero retoma en algunas partes la voz "Norma (tipi e classificazioni)" del *Digesto*, IV. ed., Discipline privatistiche, Sezione Civile, vol. XII, Turín, 1995.

"Obligación" reproduce, con varias modificaciones, la voz "Obbligo" de la *Enciclopedia giuridica* Trecani, vol. XXI, Roma, 1990.

"Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen", reproduce el artículo "Giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen", publicado originalmente en Letizia Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Turín, 1991.

"Los principios en el derecho positivo" retoma, con algunos añadidos, el artículo "I principi nel diritto vigente", publicado originalmente en Mario Bessone, Riccardo Guastini (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padua, 1995.

"Derechos" reproduce, con algunas modificaciones, el artículo publicado bajo en título "Diritti" en *Analisi e diritto*, 1994.

"La gramática de 'igualdad'" reproduce el artículo publicado con el título "La grammatica di 'iguaglianza'" en *Lavoro e diritto*, 1992.

"Reencuentro con la interpretación" tiene su primera publicación en la versión original italiana de este libro.

"Introducción a las técnicas interpretativas" reproduce, con algunas modificaciones, el artículo publicado con el título "Introduzione alle tecniche interpretative" en Mario Bessone, Riccardo Guastini (eds.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padua, 1994. Una versión modificada de este trabajo había sido ya publicada en lengua castellana bajo el título "Técnicas interpretativas", [trad. Marina Gascón], en la *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 19, 1994.

"La función jurisdiccional en la Constitución del año III" reproduce el artículo publicado con el título "La funzione giurisdizionale nella Costituzione dell'anno III" en *Diritto publico*, 1995; que, a su vez, es la versión italiana del artículo "La fonction jurisdictionnelle dans la Constitution de l'an III", publicado en Roger Dupuy, Marcel Morabito (eds.), *1795. Pour une République sans Révolution*, Rennes, 1996.

"El conocimiento jurídico y la interpretación científica según Kelsen", fue publicado originalmente bajo el título "Kelsen on Legal Knowledge and Scientific Interpretation" en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, 1995.

"Los juristas a la búsqueda de ciencia" reproduce, con leves retoques, el artículo publicado con el título "I giuristi alla ricerca della scienza" en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987; este artículo tenía ya una versión en castellano publicada con el título "Los juristas a la búsqueda de la ciencia (relectura de Bobbio)", [trad. Marco A. Villagómez], en *Revista de ciencias sociales*, nº 30, 1987.

"Reencuentro con Dworkin" tiene su primera publicación en la versión original italiana de este libro, aunque retoma (ampliándola mucho) una recensión a Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, en *Droits*, nº 24, 1996.

"¿Especificidad de la interpretación constitucional?" retoma, con modificaciones, el artículo publicado con el título "Specificità dell'interpretazione costituzionale?" en *Analisi e diritto*, 1996.

"Acerca de las normas sobre la producción jurídica" reproduce, con algunos retoques, el artículo publicado bajo el título "In tema di norme sulla produzione giuridica" en *Analisi e diritto*, 1995. Éste artículo retomaba, a su vez, en lengua italiana, partes de dos trabajos distintos: "Analysing Legislation (And Some Related Problems)", en *Annali Giurisprudenza Genova*, 1993-1994 y "An Inquiry into the Theory of Legal Sources", en *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1995, 2.

"La invalidez" es una versión muy ampliada del artículo publicado con el título "Grounds of Unconstitutionality: The Italian Case", en *Cardozo Law Review*, 17, 1995, n. 2.

"Ordenamiento jurídico: un concepto problemático" reproduce, ampliándola, la voz "Ordinamento giuridico" del volumen: Andra Belvedere, Riccardo Guastini, Paolo Zatti, Vincenzo Zeno-Zencovich, *Glossario*, Tratado de derecho privado, editado por Giovanni Iudica y Paolo Zatti, Milán, 1994.

"Estática de los ordenamientos" reproduce una parte de la voz "Ordinamento giuridico" del *Digesto*, IV ed., Discipline pubblicistiche, vol. X, Turín, 1995.

"Dinámica de los ordenamientos" reproduce, como el anterior, una parte de la voz "Ordinamento giuridico" del *Digesto*, IV ed., Discipline pubblicistiche, vol. X, Turín, 1995.

"Gerarchie normative e norme supreme" tiene, en esta forma, su primera publicación en la versión original italiana de este libro, aunque retoma parte del artículo "Norme supreme", publicado en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; éste último artículo fue publicado en castellano con el título "Normas supremas" [trad. Jordi Ferrer], en *Doxa*, 17-18, 1995.

"Conocimiento sin aceptación" tiene su primera publicación en la versión original italiana de este libro. Después, ha sido también publicado bajo el título "Conoscenza senza accettazione" en Letizia Gianformaggio, Mario Jori, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milán, 1998.

Filosofía del derecho
Serie CLA·DE·MA



Riccardo Guastini
Distinguiendo

La obra se ocupa en su primera parte de la teoría general del derecho, atendiendo la diferencia entre teoría y filosofía del derecho, las posibles diferenciaciones entre la teoría del derecho y la ciencia jurídica y la teoría del derecho como teoría general y formal. Marco de referencia de estos análisis son las concepciones de Tarello sobre la metajurisprudencia y la filosofía analítica del derecho de Norberto Bobbio.

La segunda parte del volumen investiga las nociones de fuente, norma, obligación, principio y derecho subjetivo, atendiendo en uno de los trabajos especialmente la teoría de la validez de Kelsen.

La tercera parte está dedicada a las controvertidas concepciones de la interpretación y la aplicación jurisdiccional, y discute desde una posición metateórica las ideas de Kelsen, Dworkin y Bobbio.

Una detallada investigación de la estructura del ordenamiento jurídico, de las nociones de validez y de jerarquía normativa cierra el volumen.

Los precisos análisis de las variantes y controversias de la teoría y metateoría del derecho y de todos los matices conceptuales convierten esta obra en una herramienta imprescindible para investigadores, profesores y juristas en ejercicio.

Riccardo Guastini enseña Derecho Constitucional y Teoría general del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Genova. Es coeditor del anuario de estudios teóricos *Analisi e diritto. Ricerche di jurisprudenza analitica* y codirector de las revistas *Ragion prattica* y *Materiali per una storia della cultura juridica*. Entre sus libros más recientes cabe destacar *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Giuffrè, 1993) e *Il giudice e la legge* (Giappichelli, 1995).

ISBN 84-7432-700-8



302478